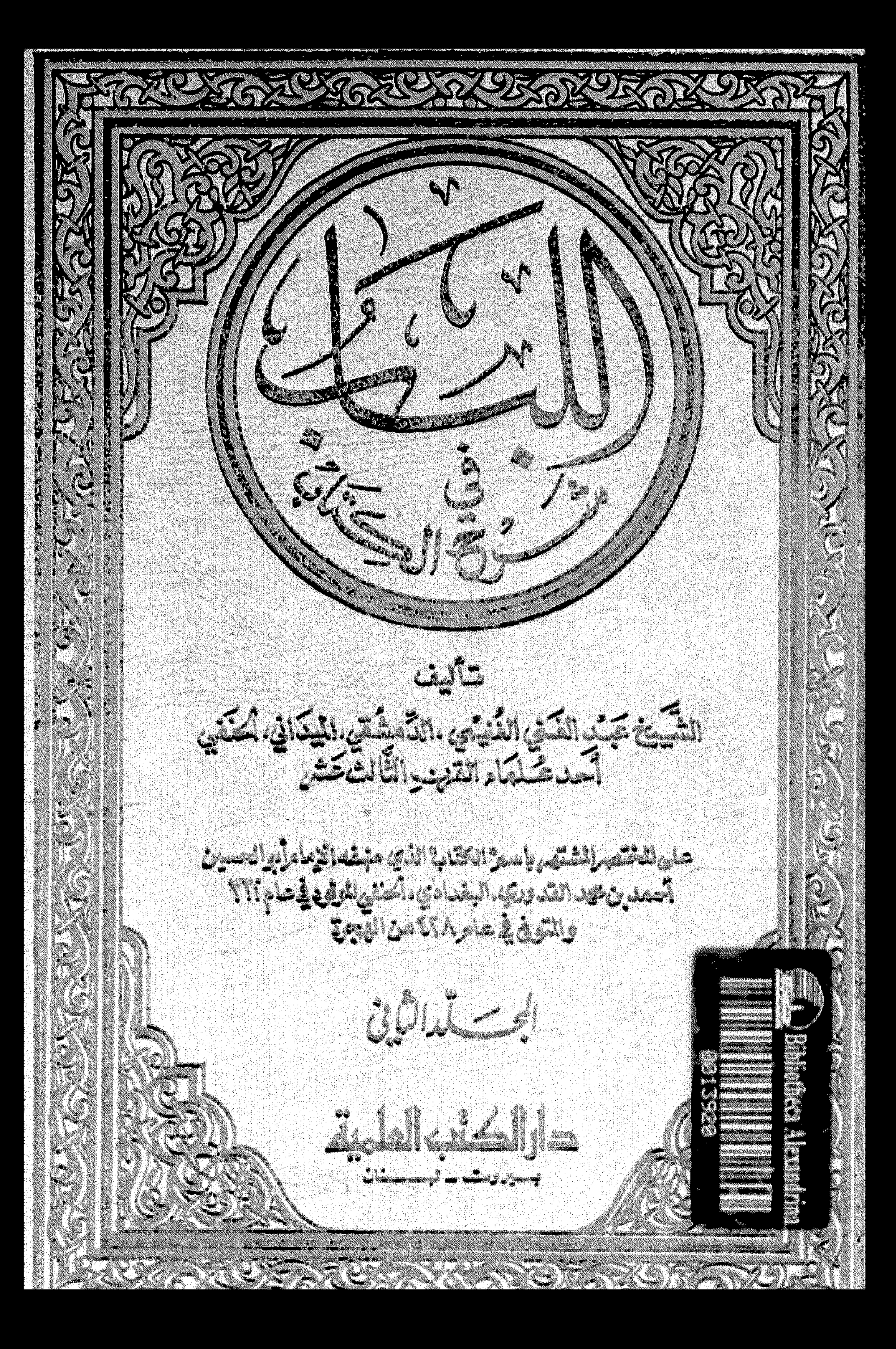
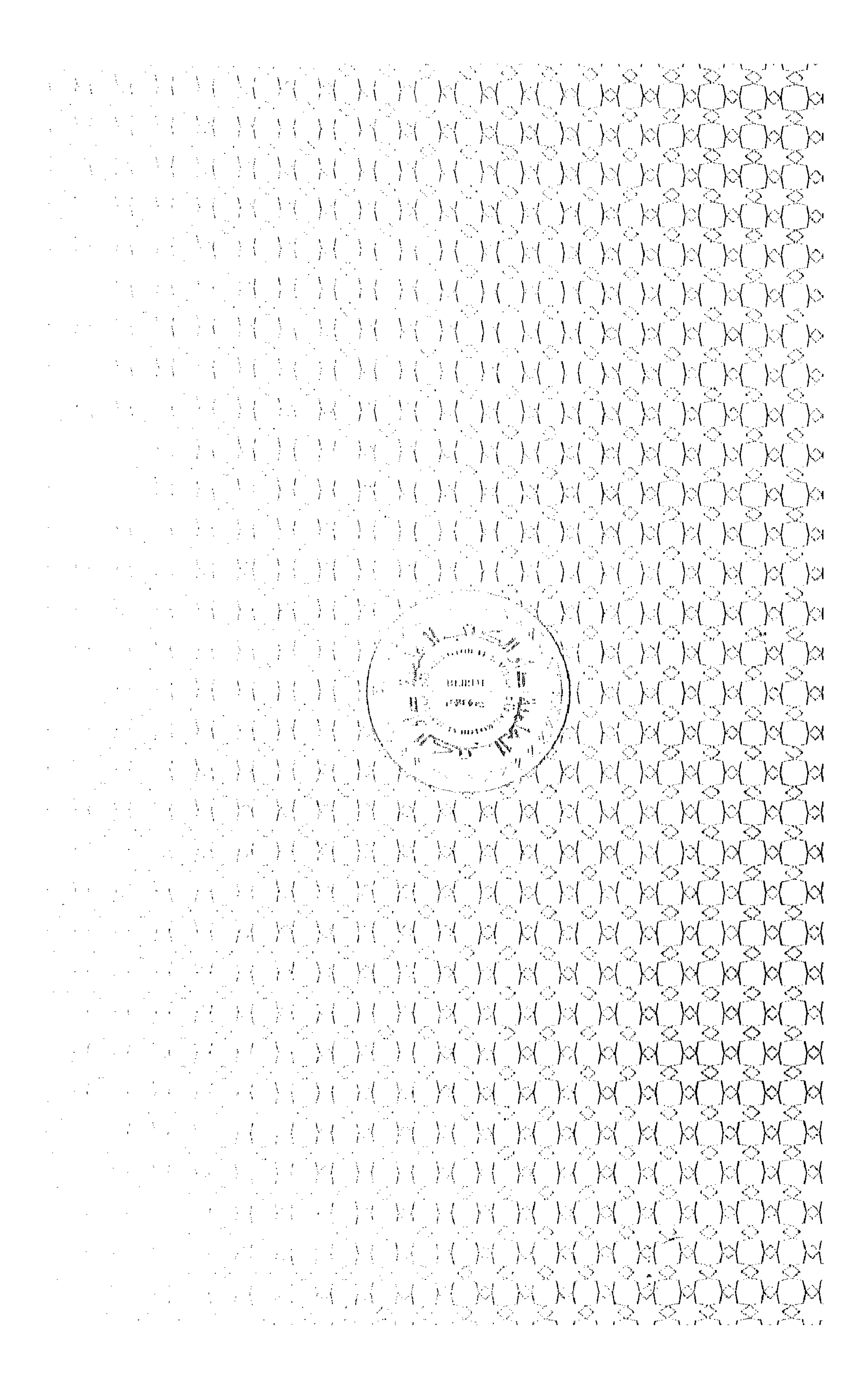
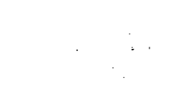

اللباب
في شرح الكتاب
تأليف
الشيخ عبد الغني الغنيمي، الدمشقي، الميداني، الحنفي
أحد علماء القرن الثالث عشر
على المختصر المشتهر باسم الكتاب الذي صنفه الإمام أبو الحسين
أحمد بن محمد القدوري، البغدادي، الحنفي المولود في عام ٣٦٢
والمتوفى في عام ٤٢٨ من الهجرة
المجلد الثاني
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان





اللباب

في شرح الكتاب

اللباب

في شرح الكتاب

تأليف

الشيخ عبد الغني الغنيمي ، الدمشقي ، الميداني ، الحنفي

أحد علماء القرن الثالث عشر

على المختصر المشتهر باسم « الكتاب » الذي صنفه الإمام أبو الحسين
أحمد بن محمد ، القدوري ، البغدادي ، الحنفي ، المولود في عام ٣٣٢
والمتوفى في عام ٤٢٨ من الهجرة

من حفظ هذا الكتاب فهو أحفظ
أصحابنا ، ومن فهمه فهو أفهم أصحابنا .
أبو علي الشاشي

الجزء الثالث

المكتبة العلمية

بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

النِّكَاحُ يَنْعَقِدُ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ، بِلَفْظَيْنِ يُعَبَّرُ بِهِمَا عَنِ الْمَاضِي، أَوْ يُعَبَّرُ بِأَحَدِهِمَا عَنِ الْمَاضِي وَ بِالْآخَرِ عَنِ الْمُسْتَقْبَلِ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ زَوِّجْنِي فَيَقُولَ زَوَّجْتُكَ.

وَلَا يَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْمُسْلِمَيْنِ إِلَّا بِحُضُورِ شَاهِدَيْنِ حُرَّيْنِ بَالِغَيْنِ عَاقِلَيْنِ مُسْلِمَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، عُدُولًا كَانُوا أَوْ غَيْرَ عُدُولٍ، أَوْ مَحْدُودَيْنِ فِي قَذْفٍ،

كتاب النكاح

مناسبة النكاح للمساقاة أن المطلوب فى كل منهما الثمرة.

(النكاح) لغة: الضم والجمع كما اختاره صاحب المحيط وتبعه صاحب الكافى وسائر المحققين كما فى الدرر، وشرعا: عقد يفيد ملك المتعة قصداً.

وهو (ينعقد بالإيجاب) من أحد المتعاقدين (والقبول) من الآخر (بلفظين يعبر بهما عن الماضى) مثل أن يقول: زوجتك، فيقول الآخر: تزوجت؛ لأن الصيغة وإن كانت للاخبار وضعاً فقد جعلت للانشاء شرعا، دفعاً للحاجة (أو) بلفظين (يعبر بأحدهما عن الماضى و) يعبر (بالآخر عن المستقبل) وذلك (مثل أن يقول) الزوج للمخاطب: (زَوِّجْنِي) ابنتك، مثلا (فيقول: زوجتك)، لأن هذا توكيل بالنكاح، والواحد يتولى طرَفَي النكاح على مانبينه، هداية.

(ولا ينعقد نكاح المسلمين) بصيغة المثنى (إلا بحضور شاهدين حرين بالغين عاقلين مسلمين) سامعين معاً قولهما فاهِمَيْنِ كلامهما على المذهب كما فى البحر (أو رجل وامرأتين، عدولا كانوا) أى الشهود (أو غير عدول أو محدودين فى قذف) أو أعميين أو ابنى الزوجين أو ابنى أحدهما، لأن كلا منهم أهل للولاية يكون أهلا للشهادة

فَإِنْ تَزَوَّجَ مُسْلِمٌ ذِمِّيَّةً بشهادَةِ ذِمِّيَّيْنِ جازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لاَ يَجُوزُ .

وَلاَ يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأُمِّهِ ، وَلاَ بِجَدَّاتِهِ مِنْ قِبَلِ الرِّجَالِ وَالنِّساءِ ، وَلاَ بِبِنْتِهِ ، وَلاَ بِبِنْتِ وَلَدِهِ وَإِنْ سَفَلَتْ ، وَلاَ بِأُخْتِهِ ، وَلاَ بِبَنَاتِ أُخْتِهِ ، وَلاَ بِبَنَاتِ أَخِيهِ ، وَلاَ بِعَمَّتِهِ ، وَلاَ بِخَالَتِهِ ، وَلا بِأُمِّ امْرَأَتِهِ دَخَلَ بِابْنَتِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ ، وَلاَ بِبِنْتِ امْرَأَتِهِ التِي دَخَلَ بِهَا سَوَاء كَانَتْ فِي حِجْرِهِ أَوْ فِي حِجْرِ غَيْرِهِ ،

تحملا ، وإنما الفائت ثمرة الأداء ؛ فلا يبالى بفواته (فإن تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف) ولكن لا يثبت عند جُحُوده (وقال محمد : لا يجوز) أصلا ، قال الإسبيجابى : الصحيح قولهما ، ومشى عليه المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة ، كذا فى التصحيح .

(ولا يحل للرجل أن يتزوج بأمه ، ولا بجداته) مطلقاً (من قبل الرجال والنساء) وإن عَلَوْنَ (ولا ببنته ، ولا ببنت ولده) مطلقاً (وإن سفلت ،ولا بأخته) مطلقاً (ولا ببنات أخته) مطلقاً وإن سَفَلْنَ (ولا ببنات أخيه) مطلقاً(ولا بعمته ولا بخالته) مطلقاً وإن سَفَلْنَ (ولا بأم امرأته) وجدتها مطلقاً وإن علت (دخل ببنتها أو لم يدخل) لما تقرر أن وطء الأمهات يحرم البنات، ونكاح البنات يحرم الأمهات (ولا ببنت امرأته التى دخل بها) وإن سفلت (سواء كانت فى حجره) أى عائلته (أو فى حجر غيره) ، لأن ذكر الحجر خرج مخرج العادة [1] لا مخرج

---

(١) الدليل على حرمة بنت الزوجة المدخول بها قوله تعالى فى ذكر المحرمات : (وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن) والربائب : جمع ربيبة ، وهى بنت الزوجة ، والحجور : جمع حجر ، والمراد بههنا البيت . وظاهر هذه الآية الكريمة أنه سبحانه قد قيد تحريم الربيبة على زوج أمها بقيدين : أحدهما أن تكون الربيبة فى حجر زوج الأم : أى فى بيته وتربيته ، وثانيهما أن يكون الرجل قد دخل بالأم ، ويؤخذ من مفهوم هذين القيدين أن الربيبة لو كانت تعيش فى غير بيت زوج أمها لم يحرم عليه تزوجها، وأن الرجل إذا لم يكن =

وَلا بِامْرَأَةِ أَبِيهِ وَأَجْدَادِهِ ، وَلا بِامْرَأَةِ ابْنِهِ وَبَنِي أَوْلادِهِ ، وَلا بِأُمِّهِ مِنَ الرَّضَاعَةِ ، وَلا بِأُخْتِهِ مِنَ الرَّضَاعَةِ،وَلا يَجْمَعُ بَيْنَ أُخْتَيْنِ بِنِكَاحٍ وَلا بِمِلْكِ يَمِينٍ وَطْئًا ، وَلا يَجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَبَيْنَ عَمَّتِهَا وَخَالَتِهَا وَلا ابْنَةِ أَخِيهَا وَلا ابْنَةِ أُخْتِهَا ،

الشرط (ولا بامرأة أبيه) سواء دخل بها أولا (وأجداده) مطلقاً وإن عَلَوْنَ (ولا بامرأة ابنه و بنى أولاده) مطلقاً وإن نزلن (ولا بأمه من الرضاعة) وكذا جميع من ذكر نسباً ومصاهرة، إلا ما استثنى ، كما يأتى فى بابه ،و إنما خص الأم والأخت اقتداء بقوله تعالى : « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم ، وأخواتكم من الرضاعة » (ولا يجمع بين أختين) مطلقاً ، سواء كانتا حرتين أو أمتين أو مختلفتين (بنكاح ولا بملك يمين وطئاً) قيد به لأنه لا يحرم الجمع ملكاً ، فإن تزوج أخت أَمَتِهِ الموطوءة صح النكاح، ولم يطأ واحدة منهما حتى يحرم الموطوءة على نفسه (ولا يجمع بين المرأة وعمتها ولا خالتها ولا ابنة أخيها ولا ابنة أختها) ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ، ولا على ابنة أخيها، ولا على ابنة أختها» وهذا مشهور تجوز الزيادة

= قد دخل بالمرأة لم تحرم عليه بنتها. ولكن هذا الظاهر غير مراد بشقيه جميعا عند جمهرة علماء هذه الأمة ، قالوا : إن قيد دخول الرجل بالمرأة معتبر ، وهو شرط فى التحريم ، فلو لم يدخل بها لم تحرم عليه بنتها ، وأما كون البنت فى حجر زوج أمها فليس معتبراً ، ولا هو شرط فى التحريم ، بل متى دخل الرجل بالمرأة حرمت عليه بنتها سواء أكانت تعيش معه فى عائلته وتربيته أم كانت تعيش خارج عائلته ، وذكر الحجور فى الآية الكريمة خرج مخرج العادة؛ لأن العادة جارية بأن تسكون البنات مع أمهاتهن فى بيت أزواج الأمهات . وأظهر ما يدل على صحة هذا النظر أنه سبحانه حين أراد أن يبين متى تحل بنت الزوجة قال بعد ما تلونا : (فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) ولم يذكر مفهوم القيد الأول ، فدل على أنه لم يخرج مخرج الشرط ؛ إذ لو خرج مخرج الشرط وكان التحريم مقيدا به لقال: فإن لم يكن فى حجوركم أو لم تكونوا قد دخلتم بأمهاتهن فلا جناح عليكم ، وقد ذهب على بن أبى طالب رضى الله عنه إلى أن السكون فى حجر زوج الأم شرط فى تحريم بنت الزوجة ، وكان ابن مسعود يذهب هذا المذهب ثم رجع عنه، إلى مذهب جمهور الصحابة ، وماذهب إليه على رضى الله عنه مردود بما ذكرناه.

وَلاَ يَجْمَعُ بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ لَوْ كَانَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا رَجُلاً لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِالْأُخْرَى ، وَلاَ بَأْسَ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ امْرَأَةٍ وَابْنَةِ زَوْجٍ كَانَ لَهَا مِنْ قَبْلُ .

وَمَنْ زَنَى بِامْرَأَةٍ حَرُمَتْ عَلَيْهِ أُمُّهَا وَابْنَتُهَا .

وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طَلاَقاً بَائِناً لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأُخْتِهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا ،

على الكتاب بمثله . هداية (ولا يجمع بين امرأتين لو كانت) أى لو فرضت (كل واحدة منها رجلا لم يجز له أن يتزوج بالأخرى) ، لأن الجمع بينهما يُفضى إلى القطيعة ، ثم فرع على مفهوم الأصل المذكور بقوله : (ولا بأس أن يجمع) الرجل (بين امرأة وابنة زوج كان لها من قبل) لأن امرأة الأب لو صورت ذكراً جاز له التزوج بهذه البنت .

(ومن زنى بامرأة) أو مسها أو مسته أو نظر إلى فرجها أو نظرت إلى فرجه بشهوة (حرمت عليه أمها وابنتها) [1] وإن بَعُدَتا ، وحرمت على أبيه وابنه وإن بعدا ، وحد الشهوة فى الشباب انتشار الآلة أو زيادته ، وفى الشيخ والعنين ميل القلب أو زيادته ، على ما حكى عن أصحابنا كما فى المحيط ، ثم الشهوة من أحدهما كافية إذا كان الآخر محل الشهوة كما فى المضمرات . قهستانى .

(وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائنا لم يجز له أن يتزوج بأختها) ونحوها مما لا يجوز الجمع بينهما (حتى تنقضى عدتها) ؛ لبقاء أثر النكاح المانع من العقد ، قيد بالبائن لأنه محل الخلاف ، بخلاف الرجعى فإنه لا يرفع النكاح اتفاقاً .

---

(١) وذهب الإمام الشافعى رضى الله عنه إلى أن زنا الرجل بامرأة لا يحرم عليه أمها ولا بنتها ووجه ما ذهب إليه أن المصاهرة نعمة ، لكونها تلحق الأجنبيات بالمحارم ، وكل ما هو نعمة لا ينال بسبب محظور شرعا ، والزنا من أكبر المحظورات ، فلا تنال به هذه النعمة العظيمة ، وعندنا تحرم أم المزنى بها وبنتها على الزانى ، وتحرم المزنى بها على آباء الزانى وأبنائه .

وَلا يَجُوزُ أَنْ يَتزَوَّجَ المَوْلَى أَمَتَهُ وَلا المَرْأَةُ عَبْدَهَا .

وَيَجُوزُ تَزَوُّجُ الكِتابِيَّاتِ ، وَلاَ يَجُوزُ تَزَوُّجُ المَجُوسِيَّاتِ وَلاَ الوَثَنِيَّاتِ ، وَيَجُوزُ تَزَوُّجُ الصَّابِئِيَّاتِ إِذَا كَانُوا يُؤْمِنُونَ بِنَبِيّ وَيُقِرُّونَ بِكِتَابٍ ، وَإِنْ كانُوا يَعْبُدُونَ الكَوَاكِبَ وَلا كِتَابَ لَهُمْ لَمْ تَجُزْ مُنَاكَحَتُهُمْ .

وَيَجُوزُ لِلْمُحْرِمِ وَالمُحْرِمَةِ أَنْ يَتزَوَّجَا فِي حَالِ الإِحْرَامِ .

(ولا يجوز أن يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبدها) ؛ للاجماع على بطلانهما ، نعم لو فعله المولى احتياطاً كان حسنا .

(ويجوز تزوج الكتابيات) مطلقاً ، إسرائيلية أولا ، حرة أو أمة (ولا يجوز تزوج المجوسيات) عُبّاد النار (ولا الوثنيات) عُبّاد الأصنام ؛ لأنه لا كتاب لهم ، وقال صلى الله عليه وسلم في مجوس هَجَر : « سُنّوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم » (ويجوز تزوج الصابئيات إذا كانوا يؤمنون بنبى ويقرون بكتاب) ؛ لأنهم من أهل الكتاب (وإن كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم) ؛ لأنهم مشركون، قال فى الغاية : وهذا الذى ذكره هو الصحيح من المذهب ، أما رواية الخلاف بين الإمام وصاحبيه فذلك بناء على اشتباه حال الصابئة ؛ فوقع عند الإمام أنهم من أهل الكتاب يقرأون الزبور ولا يعبدون الكواكب ، ولكنهم يعظمونها تعظيمنا للقبلة فى الاستقبال إليها ، ووقع عندهما أنهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم فصاروا كعَبَدَةِ الأوثان ، ولا خلاف فى الحقيقة بينهم ؛ لأنهم إن كانوا كما قال الإمام يجوز مناكحتهم اتفاقاً ، وإن كانوا كما قالا فلا يجوز اتفاقاً ، وحكم ذبائحهم على ذلك . اهـ :

(ويجوز للمحرم والمحرمة) بالحج أو العمرة أو بهما (أن يتزوجا فى حال الإحرام[1]) لما روى أنه صلى الله عليه وسلم « تزوج ميمونة وهو محرم » وما روى من قوله صلى الله عليه وسلم « لا ينكح المحرم ولا ينكح » محمول على الوطء كما فى الهداية.

---

(١) المراد بالتزوج هنا العقد .

وَيَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْمَرْأَةِ الْحُرَّةِ الْبَالِغَةِ الْعَاقِلَةِ بِرِضَاهَا وَإِنْ لَمْ يَعْقِدْ عَلَيْهَا وَلِيٌّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، بِكْراً كَانَتْ أَوْ ثَيِّباً . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : لَا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِوَلِيٍّ .

وَلَا يَجُوزُ لِلْوَلِيِّ إِجْبَارُ الْبِكْرِ الْبَالِغَةِ عَلَى النِّكَاحِ ، وَإِذَا اسْتَأْذَنَهَا فَسَكَتَتْ أَوْ ضَحِكَتْ فَذَلِكَ إِذْنٌ مِنْهَا ،

(وينعقد نكاح) المرأة (الحرة البالغة العاقلة برضاها) فقط ، سواء باشرته بنفسها أو وكلت غيرها (وإن لم يعقد عليها ولى) ولم يأذن به (عند أبى حنيفة : بكراً كانت أو ثيباً) ، لتصرفها فى خالص حقها وهى من أهله ، ولهذا كان لها التصرف فى المال (وقالا : لا ينعقد) نكاح المرأة (إلا بولى) قال الإسبيجابى: وعن أبى يوسف أنه رجع إلى قول أبى حنيفة وهو الصحيح ، وصرح فى الهداية بأنه ظاهر الرواية ، ثم قال : ويروى رجوع محمد إلى قولهما ، واختاره المحبوبى والنسفى ، اهـ تصحيح . وقال فى الهداية : ثم فى ظاهر الرواية لا فرق بين الكفء وغيره ، لكن للولى الاعتراض فى غير الكفء ، وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه لا يجوز فى غير كفء ، لأن كم من واقع لا يدفع . اهـ ، وقال فى المبسوط : روى الحسن عن أبى حنيفة إن كان الزوج كفئاً لها جاز النكاح ، وإن لم يكن كفئاً لها لا يجوز النكاح . اهـ ، وهذا القول مختار صاحب خلاصة الفتاوى ، وقال : هكذا كان يفتى شمس الأئمة السرخسى ، كذا فى غاية البيان ، وهو المختار للفتوى كما فى الدر .

(ولا يجوز للولى) مطلقا (إجبار البكر البالغة على النكاح) ؛ لانقطاع الولاية بالبلوغ (وإذا استأذنها) الولى الأقرب وهى تعلم الزوج (فسكتت أو ضحكت) غير مستهزئة (فذلك إذن منها) دلالة ، لأنها تستحى من إظهار الرغبة ، لا من إظهار الرد ، والضحك أدل على الرضا من السكوت ، لأنه يدل على الفرح والسرور . قيدنا الضحك بغير المستهزئة لأنها إذا ضحكت مستهزئة بما سمعت لا يكون رضاً ، قال فى الغاية : وذلك معروف بين الناس ، فلا يقدح فى ضحك الفرح . اهـ ، وقيدنا الاستئذان بالولى وبالأقرب لأنه لو استأذنها

وإن أَبَتْ لَمْ يُزَوِّجْهَا ، وإذا اسْتَأْذَنَ الثَّيِّبَ فَلَا بُدَّ مِنْ رِضَاهَا بِالْقَوْلِ ، وإِذَا زَالَتْ بَكَارَتُهَا بِوَثْبَةٍ أَوْ حَيْضَةٍ أَوْ جِرَاحَةٍ فَهِيَ فِي حُكْمِ الْأَبْكَارِ وإِنْ زَالَتْ بِزِنًا فَهِيَ كَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَإِذَا قَالَ الزَّوْجُ : بَلَغَكِ النِّكَاحُ فَسَكَتِّ ، وقَالَتْ: بَلْ رَدَدْتُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ولا يَمِينَ عَلَيْهَا ، وَلَا يُسْتَحْلَفُ فِي النِّكَاحِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يُسْتَحْلَفُ فِيهِ

أجنبي أو ولي غيره أولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم كما فى الهداية . وقيدنا بكونها تعلم الزوج لأنها لو لم تعلم الزوج لا يكون سكوتها رضا كما فى الدرر ، ولو زَوَّجَها فبلغها الخبر فهو على ما ذكرنا ، لأن وجه الدلالة فى السكوت لا يختلف ، ثم المخبر إن كان فضوليا يشترط فيه العدد أو العدالة عند أبى حنيفة، خلافاً لهما ، ولو كان رسولا لا يشترط بالإجماع . هداية (وإن أبت لم يزوجها): أى لم يجز له أن يزوجها ؛ لعدم رضاها (وإذا استأذن) الولى ولو الأقرب (الثيب فلا بد من رضاها بالقول) ؛ لأنها جربت الأمور ومارست الرجال ؛ فلا مانع من النطق فى حقها (وإذا زالت بكارتها بوثبة) أى نطة (أو حيضة) قوية (أو) حصول (جراحة) أو تعنيس (فهى فى حكم الأبكار) فى أن سكوتها رضاً ، ، لأنها بكر حقيقة (وإن زالت) بكارتها (بزنا فهى كذلك) أى فى حكم الأبكار (عند أبى حنيفة) فيكتفى بسكوتها ، لأن الناس يعرفونها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه كيلا تتعطل عليها مصالحها ، وقالا : لا يكتفى بسكوتها ؛ لأنها ثيب حقيقة ، قال الإسبيجابى : والصحيح قول الإمام ، واعتمده النسفى والمحبوبى ، قال فى الحقائق : والخلاف فيما إذا لم يصر الفجور عادة لها ، ولم يُقَمْ عليها الحد ، حتى إذا اعتادت ذلك أو أقيم عليها الحد يشترط نطقها بالاتفاق ، وهو الصحيح . اهـ ، تصحيح (وإذا قال الزوج) للمرأة البكر (بلغك النكاح فسكت، وقالت) المرأة (بل رددت ، فالقول قولها) ؛ لإنكارها لزوم العقد ، خلافاً لزفر (ولا يمين عليها ، ولا يستحلف فى النكاح عند أبى حنيفة ، وقالا : يستحلف فيه) قال فى الحقائق : والفتوى على قولهما، لعموم البلوى

وَيَنعَقِدُ النِّكَاحُ بِلَفظِ النِّكَاحِ والتَّزوِيجِ والتَّمْلِيكِ وَالْهِبَةِ والصَّدَقَةِ، وَلا يَنعَقِدُ بِلَفظِ الإِجَارَةِ الإِبَاحَةِ .

وَيَجُوزُ نِكَاحُ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ إِذَا زَوَّجَهُمَا الْوَلِيُّ ، بِكْراً كَانَتِ الصغِيرَةُ أَوْ ثَيِّباً ، وَالْوَلِيُّ هُوَ الْعَصَبَةُ ، فَإِنْ زَوَّجَهُمَا الأَبُ أَوِ الْجَدُّ فَلاَ خِيَار لَهُمَا بَعْدَ بُلُوغِهِمَا ، وَإِنْ زَوَّجَهُمَا غَيْرُ الأبِ وَالْجَدِّ فَلِكُلٍّ واحِدٍ مِنْهُمَا الْخِيَارُ إذا بَلَغَ : إِنْ شَاء أَقَامَ عَلَى النِّكَاحِ ، وَإِنْ شَاء فَسَخَ

كما فى التتمة وفتاوى قاضيخان . اهـ .

(وينعقد النكاح بلفظ النكاح والتزويج) من غير نيّةٍ ولا دلالة حال ، لأنهما صريحان فيه ، وما عداهما كناية ، وهو : كل لفظ وضع لتمليك العين فى الحال (و) ذلك كلفظ (التمليك ، والهبة ، والصدقة) والبيع ، والشراء ، فيشترط النية أو قرينة ، وقال فى التتار خانية : إن كل لفظ موضوع لتمليك العين ينعقد به النكاح إن ذكر المهر ، وإلا فبالنية . اهـ .

(ولا ينعقد) النكاح (بلفظ الإجارة ، و) لا بلفظ (الإباحة) والإعارة ؛ لأنها ليست لتمليك العين ، ولا بلفظ الوصية ؛ لأنها توجب الملك مضافاً إلى ما بعد الموت ، هداية .

(ويجوز نكاح الصغير والصغيرة) جَبْراً (إذا زوّجهما الولى) الآتى ذكره (بكراً كانت الصغيرة أو ثيباً) ؛ لوجود شرط الولاية ، وهو العجز بالصغر .

(والولى) فى النكاح (هو العصبة) بنفسه على ترتيب الإرث والحَجْبِ ؛ فيقدم ابن المجنونة على أبيها ؛ لأنه يحجبه حجب نقصان (فإن زوّجهما) أى الصغير والصغيرة (الأب أو الجد فلا خيار لهما بعد بلوغهما) ولو كان بغبن فاحش أو من غير كفء ، إن لم يعرف منهما سوء الاختيار ؛ لأنهما كاملا الرأى وافرا الشفقة فيلزم بمباشرتهما ، كما إذا باشرها برضاها بعد البلوغ (وإن زوجهما غير الأب والجد) من كفء وبمهر المثل (فلكل واحد منهما الخيار إذا بلغ) ولو بعد الدخول : (إن شاء أقام على النكاح ، وإن شاء فسخ) ؛ لأن

وَلاَ وِلاَيَةَ لِعَبْدٍ ، وَلاَ صَغِيرٍ ، وَلاَ مَجْنُونٍ ، وَلاَ كَافِرٍ عَلَى مُسْلِمَةٍ .
وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ لِغَيْرِ الْعَصَبَاتِ مِنَ الْأَقَارِبِ التَّزْوِيجُ .
وَمَنْ لاَ وَلِيَّ لَهَا إِذَا زَوَّجَهَا مَوْلاَهَا الَّذِى أَعْتَقَهَا جَازَ ،

ولاية غيرهما قاصرة لقصور شفقته ، فربما يتطرّقُ خلل ؛ فيتدارك بخيار الإدراك ، قال فى الهداية : وإطلاق الجواب فى غير الأب والجد يتناول الأم والقاضى ، وهو الصحيح من الرواية ؛ لقصور الرأى فى أحدهما ونقصان الشفقة فى الآخر . انتهى . قيدنا بالكفء ومهر المثل لأنه لو كان فى غير كفء أو بغبن فاحش لا يصح أصلا كما فى التنوير وغيره .

(ولا ولاية لعبد ، ولا صغير ، ولا مجنون) ؛ لعدم ولايتهم على أنفسهم ، فبالأولى أن تثبت على غيرهم (ولا كافر على مسلمة) ولا مسلم على كافرة ، إلا أن يكون سيداً أو سلطانا ، وللكافر ولاية على مثله اتفاقا (وقال أبو حنيفة : يجوز لغير العصبات من الأقارب) كالأم والجدة والأخت والعمة والخال والخالة وغيرهم من ذوى الأرحام (التزويج) قال فى الهداية : معناه عند عَدَم العصبات، وهذا استحسان ، وقال محمد : لا يثبت ، وهو القياس ، وهو رواية عن أبى حنيفة وقول أبى يوسف فى ذلك مضطرب ، والأشهر أنه مع محمد ، قلت : قال فى الكافى : الجمهور على أن أبا يوسف مع أبى حنيفة ، وقال فى التبيين : وأبو يوسف مع أبى حنيفة فى أكثر الروايات ، وعلى الاستحسان مشى المحبوبىُّ والنسفىُّ وصدر الشريعة ، اهـ تصحيح .

* * *

(ومن لاولى لها) عصبة من جهة النسب (إذا زوجها مولاها الذى أعتقها جاز) ، لأنه عصبة من جهة السبب ، وهو آخر العصبات ، وإذا عدم الأولياء فالولاية للإمام ؛ لأنه ولى من لاولى له .

وَإِذَا غَابَ الْوَلِيُّ الْأَقْرَبُ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً جَازَ لِمَنْ هُوَ أَبْعَدُ مِنْهُ أَنْ يُزَوِّجَ ، وَالْغَيْبَةُ الْمُنْقَطِعَةُ : أَنْ يَكُونَ فِي بَلَدٍ لَا تَصِلُ إِلَيْهِ الْقَوَافِلُ فِي السَّنَةِ إِلَّا مَرَّةً وَاحِدَةً .

وَالْكَفَاءَةُ فِي النِّكَاحِ مُعْتَبَرَةٌ ، فَإِذَا تَزَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ غَيْرَ كُفْءٍ فَلِلْأَوْلِيَاءِ أَنْ يُفَرِّقُوا بَيْنَهُمَا .

(وإذا غاب الولى الأقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه أن يزوج) ؛ لأن هذه ولاية نظرية، وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه ففوضناه إلى الأبعد وهو مقدم على السلطان، كما إذا مات الأقرب، ولو زوجها حيث هو نفذ، فأيهما عقد أولا نفذ، لأنهما بمنزلة وليين، متساويين (والغيبة المنقطعة :أن يكون) الولى(فى بلد لا تصل إليه القوافل فى السنة إلا مرة واحدة) قال فى التصحيح : ذكره فى الينابيع عن أبى شجاع وصححه، وقال الإسبيجابى: ومنهم من قدره بمدة سفر، وهو الذى عليه الفتوى وفى الصغرى ذكر الفضلى أنه يفتى بالشهور، والصحيح بثلاثة أيام، وفى الهداية: وهو اختيار بعض المتأخرين، وفى التبيين :أكثر المتأخرين، منهم القاضى أبو على النسفى، وسعد بن معاذ المروزى، ومحمد بن مقاتل الرازى، وأبو على السعدى، وأبو اليسر البزدوى، والصدر الشهيد، وتبعهم النسفى، وقيل: إن كان بحال يفوت الكفء الخاطب باستطلاع رأيه، وهذا أقربُ إلى الفقه ، ونسب هذا فى الينابيع لمحمد بن الفضل ، قال: قيل: هو أقرب للصواب، وقال السرخسى فى المبسوط: وهو الأصح، قال الإمام المحبوبى: وعليه الأكثر، وصدّر به صدر الشريعة، قلت: وهذا أصح من تصحيح الينابيع . اهـ .

(والكفاءة فى النكاح معتبرة) من جانب الرجل، لأن الشريفة تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس، فلابد من اعتبارها، بخلاف جانب المرأة، لأن الزوج مستفرش فلا يغيظه دناءة الفراش (فإذا تزوجت المرأة غير كفء) لها (فللأولياء)وهم هنا العصبة كما فى التصحيح عن الخلاصة(أن يفرقوا بينهما) دفعاً لضرر العار عن أنفسهم ، قال فى التصحيح: وهذا ما لم تلد، وهذا على ظاهر الرواية، وعلى ما اختاره السرخسى

وَالكَفَاءَةُ تُعْتَبَرُ فِي النَّسَبِ وَالدِّينِ وَالمَالِ ، وَهُوَ : أَنْ يَكُونَ مَالِكًا لِلْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ ، وَتُعْتَبَرُ فِي الصَّنَائِعِ ،

لا يصح العقد أصلا ، قال الإسبيجابي : وإذا زوجها أحد الأولياء من غير كفء لم يكن للباقين حق الاعتراض عند أبي حنيفة ، وقالا : لهم ذلك ، والصحيح قول أبي حنيفة اه

(والكفاءة تعتبر في النسب) ، لوقوع التفاخر به ، فقريش بعضهم أكفاء لبعض ، وبقية العرب بعضهم أكفاء لبعض ، وليسوا بأكفاء لقريش ، والعجم ليسوا بأكفاء للعرب ، وهم أكفاء لبعضهم ، والمعتبر فيهم الحرية والإسلام : فمسلم بنفسه أو مُعْتَق ليس بكفء لمن أبوها مسلم أو حر ، ومن أبوه مسلم أو حر غير كفء لذات أبوين ، وأبوان فيهما كالآباء لتمام النسب بالجدّ (و) تعتبر أيضاً في (الدين) فليس الفاسق بكفء للصالحة أو بنت الصالح ، قال في الهداية : وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وهو الصحيح ، لأنه من أعلى المفاخر ، والمرأة تعيَّر بفسق الزوج فوق ما تعير بضَعَة نسبه . اه تصحيح (و) تعتبر أيضاً في (المال ، وهو : أن يكون مالكا للمهر والنفقة) قال في الهداية : وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية ، والمراد من المهر قدر ما تعارفوا تعجيله ، وعن أبي حنيفة أنه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر ، وأما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول أبي حنيفة ومحمد ، قلت : وهذا خلاف ظاهر الرواية ، قال الإمام المحبوبي : والقادر عليهما كفء لذات أموال عظيمة وهو الصحيح ، اه تصحيح (وتعتبر) الكفاءة أيضاً (في الصنائع) قال في الهداية : وهذا عند أبي يوسف ومحمد ، وعن أبي حنيفة روايتان ، وعن أبي يوسف : لا يعتبر إلا أن يفحش كالحجّام والحائك ، وقال الزاهدي : وعن أبي يوسف وأظهر الروايتين عن أبي حنيفة لا يعتبر إلا أن يفحش ؛ وذكر في شرح الطحاوي أن أرباب الصناعات المتقاربة أكفاء ؛ بخلاف المتباعدة ؛ وهذا مختار المحبوبي ، قال : وحرفة حائك أو حجّام أو كنّاس أو دبّاغ ليست بكفء لعطار أو بزاز أو صراف ، وبه يفتى ، اه تصحيح .

وَإِذَا تَزَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ وَنَقَصَتْ مِنْ مَهْرِهَا فَلِلْأَوْلِيَاءِ الْاعْتِرَاضُ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ حَتَّى يُتِمَّ لَهَا مَهْرَ مِثْلِهَا أَوْ يُفَارِقَهَا .

وَإِذَا زَوَّجَ الْأَبُ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ وَنَقَصَ مِنْ مَهْرِهَا أَوِ ابْنَهُ الصَّغِيرَ وَزَادَ فِي مَهْرِ امْرَأَتِهِ جَازَ ذَلِكَ عَلَيْهِمَا ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِغَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ .

وَيَصِحُّ النِّكَاحُ إِذَا سَمَّى فِيهِ مَهْراً ، وَيَصِحُّ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ فِيهِ مَهْراً .

وَأَقَلُّ الْمَهْرِ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ ، فَإِنْ سَمَّى أَقَلَّ مِنْ عَشَرَةٍ فَلَهَا الْعَشَرَةُ ،

(وإذا تزوجت المرأة)من كفء (ونقصت من مهرها) أي مهر مثلها (فللأولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيفة حتى يتم) الزوج (لها مهر مثلها أو يفارقها) وقالا : ليس لهم ذلك ، ورُجّح دليله ، واعتمد الأئمة المحبوبي والنسفي والموصلي وصدر الشريعة ، تصحيح .

(وإذا زوج الأب) أو الجد عند فقد الأب (ابنته الصغيرة ونقص من مَهْرِها أو ابنَهُ الصَّغيرَ وزاد في مهر امرأته) أي من مهر أمثالها (جاز ذلك عليهما) ، لأن الأب كامل الرأي والشفقة، فالظاهر أنه لم يحطّ من مهر ولم يزد إلا لمنفعة تربو على ذلك ، وكذلك الجد ، قال الإسبيجابي : وهذا قول أبي حنيفة ، وقالا : لا يجوز ، والصحيح قول الإمام ، واختاره المحبوبي والنسفي وصدر الشريعة وغيرهم ، اهـ تصحيح (ولا يجوز ذلك) العقد (لغير الأب والجد) أب الأب لنقصان الشفقة في غيرهما ، فولايتهم مقيدة بشرط النظر ، فعند فواته يبطل العقد .

(ويصح النكاح إذا سمى فيه مهراً) ويلزم المسمى إذا كان عشرة فأكثر ، (ويصح) النكاح أيضاً (وإن لم يسم فيه مهراً) ، لأنه واجب شرعاً إظهاراً لشرف المحل ، فلا يحتاج إلى ذكره في صحة النكاح ؛ وكذا بشرط أن لا مهر لها؛ لما بيناه هداية

(وأقل المهر عشرة دراهم) وزن سبعة مثاقيل؛ سواء كانت مضروبة أو غير مضروبة ، أو ما قيمته عشرة دراهم يوم العقد (فإن سمى أقل من عشرة فلها العشرة) بالوطء .

وَمَنْ سَمَّى مَهْراً عَشَرَةً فَمَا زَادَ فَعَلَيْهِ الْمُسَمَّى إِنْ دَخَلَ بِهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا ، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ وَالْخَلْوَةِ فَلَهَا نِصْفُ الْمُسَمَّى ، وَإِنْ تَزَوَّجَهَا وَلَمْ يُسَمِّ لَهَا مَهْراً أَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا إِنْ دَخَلَ بِهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَهَا الْمُتْعَةُ وَهِيَ ثَلَاثَةُ أَثْوَابٍ مِنْ كُسْوَةِ مِثْلِهَا ،

أو الموت ، وخمسة بالطلاق قبل الدخول (ومن سمى مهراً عشرة فما زاد) أى فأكثر (فعليه المسمى إن دخل) أو خلا (بها) خلوة صحيحة (أو مات عنها) أوماتت عنه لأنه بالدخول يتحقق تسليم المبدل ، و به يتأكد البدل، و بالموت ينتهى النكاح والشىء بانتهائه يتأكد و يتقرر بجميع مواجبه (و إن طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى) إن كان المسمى عشرة فأكثر ، و إلا كان لها خمسة كما مر (فإن تزوجها ولم يسم لها مهراً) أى سكت عن ذكر المهر (أو تزوجها على أن لامهر لها) أى بشرط أن لامهر لها وهى مسألة المفوضة (فلها مهر مثلها إن دخل) أو خلا (بها أو مات عنها) أو ماتت عنه كما مر، لأن المهر ابتداء حق الشرع، فلا تملك نفيه ، و إنما يصير حقها حالة البقاء ، فتملك الإبراء عنه (و إن طلقها قبل الدخول) والخلوة (بها فلها المتعة وهى ثلاثة أثواب) درع وخمار وملحفة (من كسوة مثلها) لكن لاتزيد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم ، قال فى الينابيع : وهى على اعتبار حال المرأة فى اليسار والإعسار ، هذا هو الأصح ، وقال فى الهداية : قوله « من كسوة مثلها » أشار إلى أنه يعتبر حالها ، وهو قول الكرخى فى المتعة الواجبة، لقيامها مقام مهر المثل، والصحيح أنه يعتبر حاله ، عملا بالنص ، وهو قوله تعالى: « على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » ومثله فى التحفة والمجتبى ، قلت: تصحيح الينابيع أولى ، لإشارة الكتاب، ولا تفاقهم على أن المتعة لاتزاد على نصف مهر المثل ، لأنها خَلَفُه ، ولا تنقص عن خمسة دراهم، ولو اعتبر حاله لناقض هذا ، والنص الذى ذكره فى المتعة قيل : إنه فى المستحبة ، لظواهر النصوص ، وتمامه فى التصحيح .

وَإِنْ تَزَوَّجَ الْمُسْلِمُ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ فَالنِّكَاحُ جَائِزٌ وَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا .
وَإِنْ تَزَوَّجَهَا وَلَمْ يُسَمِّ لَهَا مَهْراً ثُمَّ تَرَاضَيَا عَلَى تَسْمِيَةِ مَهْرٍ فَهُوَ لَهَا إِنْ دَخَلَ بِهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا ، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَهَا الْمُتْعَةُ .
وَإِنْ زَادَهَا فِي الْمَهْرِ بَعْدَ الْعَقْدِ لَزِمَتْهُ الزِّيَادَةُ ، وَتَسْقُطُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَإِنْ حَطَّتْ عَنْهُ مِنْ مَهْرِهَا صَحَّ الْحَطُّ .
وَإِذَا خَلَا الزَّوْجُ بِامْرَأَتِهِ وَلَيْسَ هُنَاكَ مَانِعٌ مِنَ الْوَطْءِ ثُمَّ طَلَّقَهَا فَلَهَا كَمَالُ الْمَهْرِ ، وَإِنْ كَانَ

(وإن تزوج المسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز) لما مر أنه يصح من غير تسمية ، فمع فسادها أولى (ولها مهر مثلها) ؛ لأنه لما سمى ماليس بمال صار كأنه سكت عن التسمية .

(وإن تزوجها ولم يسم لها مهراً ثم تراضيا على تسمية مهر) بعد العقد ، أوفرضها القاضى (فهو لها إن دخل بها أو مات عنها) ؛ لصحة التسمية باتفاقهما على تعيين ماوجب بالعقد ؛ فتستقر بهذه الأشياء (وإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة) ؛ لأن ما تراضيا عليه تعيين للواجب بالعقد ، وهو مهر المثل ، ومهر المثل لا يتنصف ؛ فكذا ما نزل منزلته

(وإن زادها فى المهر بعد العقد) وقبلت المرأة (لزمته الزيادة) لتراضيهما (وتسقط) الزيادة (بالطلاق قبل الدخول) ؛ لأنها لم تكن مُسَمَّاة فى أصل العقد والتنصيف مختص بالمفروض فى العقد ، وقال أبو يوسف : تتنصف مع الأصل ؛ لأنها تلتحق بأصل العقد .

(وإن حطت) المرأة (عنه) أى الزوج (من مهرها) المسمى فى العقد ولو كله (صح الحط) ؛ لأنه حقها بقاء كما مر ، سواء قبل الزوج أولا ، ويرتد بالرد كما فى البحر .

(وإذا خلا الزوج بامرأته وليس هناك مانع من الوطء) حسى أو شرعى (ثم طلقها فلها كمال المهر) ؛ لأنها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع ، وذلك وسعها ؛ فيتأكد حقها فى البدل ، اعتباراً بالبيع ، هداية (وإن كان) مانع حسى : بأن

أَحَدُهُمَا مَرِيضاً أَوْ صَائِماً فِي رَمَضَانَ أَوْ مُحْرِماً بِفَرْضٍ أَوْ نَفْلٍ بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ أَوْ كَانَتْ حَائِضاً فَلَيْسَتْ بِخَلْوَةٍ صَحِيحَةٍ ، وَإِذَا خَلَا الْمَجْبُوبُ بِامْرَأَتِهِ ثُمَّ طَلَّقَهَا فَلَهَا كَمَالُ الْمَهْرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ .

وَتُسْتَحَبُّ الْمُتْعَةُ لِكُلِّ مُطَلَّقَةٍ إِلَّا لِمُطَلَّقَةٍ وَاحِدَةٍ ، وَهِيَ : الَّتِي طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ وَلَمْ يُسَمِّ لَهَا مَهْراً ،

كان (أحدهما مريضاً) مرضاً يمنع الوطء ، أو صغيراً لا يمكن معه الجماع ، أو كان بينهما ثالث ولو نائما أو أعمى ، إلا أن يكون صغيراً لا يعقل الجماع ، أو كانت رتقاء أو قرناء أو ذات عضلة (أو) كان مانع شرعى : بأن كان أحدهما (صائما في رمضان) خرج صوم غيره ، وهذا هو الأصح ، نص عليه فى زاد الفقهاء والينابيع والهداية . تصحيح (أو محرما بفرض أو نفل بحج أو عمرة) ؛ لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء (أو كانت حائضا فليست بخلوة صحيحة) ؛ لوجود أحد الموانع المذكورة (وإذا خلا المجبوب) وهو الذى استؤصل ذكره وخصيتاه (بامرأته ثم طلقها) من غير مانع (فلها كمال المهر عند أبى حنيفة) ؛ لأنها أتت بأقصى ما فى وسعها ، وليس فى هذا العقد تسليم يرجى أكمل من هذا ؛ فكان هو المستحق ، وقالا : لها نصف المهر ؛ لأن عذره فوق عذر المريض ، قال فى التصحيح : والصحيح قوله ، ومشى عليه المحبوبى والنسفى وغيرهما . اهـ قيد بالمجبوب لأن خلوة الخصى والعنين توجب كمال المهر اتفاقا .

(وتستحب المتعة لكل مطلقة) دفعاً لوحشة الفراق عنها (إلا لمطلقة واحدة ، وهى : التى طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهراً) وهى المفوضة ؛ فإن متعتها واجبة ؛ لأنها بدل عن نصف مهر المثل كما مر ، وفى بعض النسخ « وقد سمى لها مهراً » قال فى التصحيح : هكذا وجد فى كثير من النسخ ، ويتكلف فى الجواب عنه ، وقال نجم الأئمة : المكتوب فى النسخ « ولم يسم لها مهراً » قال فى الدراية : ضبطه كذلك غير واحد ، وقد صححه ركن الأئمة الصباغى فى شرحه لهذا الكتاب ، وكتب فوقه وتحته وقدامه «صح» ثلاث مرات ، وأشار إلى أن هذا من النساخ

وَإِذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ ابْنَتَهُ عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ الرَّجُلُ أُخْتَهُ أَوِ ابْنَتَهُ لِيَكُونَ أَحَدُ الْعَقْدَيْنِ عِوَضًا عَنِ الآخَرِ فَالْعَقْدَانِ جَائِزَانِ ، وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مَهْرُ مِثْلِهَا .

وَإِنْ تَزَوَّجَ حُرٌّ امْرَأَةً عَلَى خِدْمَتِهِ سَنَةً أَوْ عَلَى تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا ، وَإِنْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ حُرَّةً بِإِذْنِ مَوْلَاهُ عَلَى خِدْمَتِهَا سَنَةً جَازَ ،

وقال فى الينابيع: المذكور فى الكتاب غلط من الناسخ ، وقد زعم صحة هذه النسخة شيخ الإسلام ركن الأئمة الدامغانى ونجم الأئمة الحنفى ؛ فكتب إليهما أبو الرجاء «إن هذه خلاف المذكورة فى التفسير والأصول والشروح ؛ فإنه ذكر فى الكشاف وتفسير الحاكم وغيرهما أن المتعة مستحبة للتى طلقها قبل الدخول ، وقد سمى لها مهرا ، وذكر فى الأصل والإسبيجابى فى موضعين وزاد الفقهاء وغيرها أنها يستحب لها المتعة ، فلا يصح استثناؤها من الاستحباب ، بخلاف المفوضة فإنها مستثناة من الاستحباب بالوجوب» فاستصوبا ذلك ، واتفقوا على أن المستثناة هى التى طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا . اهـ .

(وإذا زوج الرجل ابنته) أو أخته (على أن يزوجه الرجل) الآخر (أخته أو ابنته ؛ ليكون) أى على أن يكون (أحد العقدين عوضاً عن) العقد (الآخر فالعقدان جائزان) ؛ لأن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد ، (ولكل واحدة منهما مهر مثلها) ؛ لفساد التسمية بما لا يصلح صداقا ، كما إذا سمى الخمر والخنزير ويسمى هذا نكاح الشغار ، لخلوه عن المهر .

(وإذا تزوج حر امرأة) حرة أو أمة (على خدمته) لها (سنة) مثلا (أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها) ؛ لعدم صحة التسمية بما ليس بمال ، ولأن خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح ؛ لما فيه من قلب الموضوع (وإن تزوج عبد حرة بإذن مولاه على خدمتها سنة) مثلا (جاز) ؛ لأن خدمة العبد مال ، لتضمنه تسليم رقبته ، بخلاف الحر .

وَإِذَا اجْتَمَعَ فِي الْمَجْنُونَةِ أَبُوهَا وَابْنُهَا فَالْوَلِيُّ فِي نِكَاحِهَا ابْنُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : أَبُوهَا .

وَلاَ يَجُوزُ نِكَاحُ الْعَبْدِ وَالأَمَةِ إِلاَّ بِإِذْنِ مَوْلاهُمَا ، وَإِذا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ بِإِذْنِ مَوْلاهُ فَالْمَهْرُ دَيْنٌ فِي رَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ ، وَإِذَا زَوَّجَ الْمَوْلَى أَمَتَهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُبَوِّئَهَا بَيْتَ الزَّوْجِ ، وَلَكِنَّهَا تَخْدُمُ الْمَوْلَى ، وَيُقَالُ لِلزَّوْجِ : مَتَى ظَفِرْتَ بِهَا وَطِئْتَهَا .

وَإِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى أَلْفٍ عَلَى أَنْ لا يُخْرِجَهَا مِنَ الْبَلَدِ ، أَوْ عَلَى أَنْ لاَ يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا ، فَإِنْ وَفَى بِالشَّرْطِ فَلَهَا الْمُسَمَّى ، وَإِنْ تَزَوَّجَ عَلَيْهَا

(وإذا اجتمع فى المجنونة أبوها وابنها فالولى فى نكاحها ابنها عند أبى حنيفة وأبى يوسف) لأنه هو المقدَّمُ فى العصوبة ، وهذه الولاية مبنية عليها (وقال محمد : أبوها) ؛ لأنه أوفر شفقة من الابن ، قال فى التصحيح : واعتمد قولهما المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة . اهـ .

(ولا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما) لأن فى تنفيذ نكاحهما تعيُّبهما ؛ إذا النكاح عيب فيهما ، فلايملكانه بدون إذن المولى (وإذا تزوج العبد بإذن مولاه فالمهر دين فى رقبته يباع فيه) : أى المهر ، مرة واحدة ، فإن لم يف به لم يبع ثانياً ، وإنما يطالب به بعد العتق (وإذا زوج المولى أمته فليس عليه أن يبوئها بيت الزوج) أى يخلِّىَ بينه وبينها فى بيته ، وإن شرطه فى العقد (ولكنها تخدم المولى ، ويقال للزوج : متى ظفرت بها وطئتها) ولكن لا نفقة لها إلا ببها ، فإن بوأها ثم رجع صح وسقطت النفقة .

(وإذا تزوج امرأة على ألف درهم على) : أى بشرط (أن لا يخرجها من البلد ، أوعلى أن لا يتزوج عليها) أوعلى ألف إن أقام بها وعلى ألفين إن أخرجها (فإن وفى بالشرط فلها المسمى) وهو الألف ؛ لرضاها به (وإن) لم يف بالشرط : بأن (تزوج عليها)

أَوْ أَخْرَجَهَا مِنَ الْبَلَدِ فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا .

وَإِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى حَيَوَانٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ صَحَّتِ التَّسْمِيَةُ ، وَلَهَا الْوَسَطُ مِنْهُ ، وَالزَّوْجُ مُخَيَّرٌ : إِنْ شَاءَ أَعْطَاهَا ذَلِكَ ، وَإِنْ شَاءَ أَعْطَاهَا قِيمَتَهُ .

وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى ثَوْبٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا .

وَنِكَاحُ الْمُتْعَةِ وَالنِّكَاحُ الْمُؤَقَّتُ بَاطِلٌ ،

أخرى (أو أخرجها من البلد فلها مهر مثلها) ؛ لأنه سمى مالها فيه نفع ، فعند فواته ينعدم رضاها بالألف ، لكن لا ينقص عن الألف ، ولا يزاد على ألفين في المسألة التي زدناها على المتن ؛ لاتفاقهما على ذلك ، ولو طلقها قبل الدخول تنصّفَ المسمى في المسألتين ، لسقوط الشرط ، كما في الدر .

(وإذا تزوجها على حيوان غير موصوف) قال في الهداية : معنى هذه المسألة أن يسمى جنس الحيوان ، دون الوصف : بأن يتزوجها على فرس ، أو حمار ، أما إذا لم يسم الجنس : بأن تزوجها على دابة ــ لا تجوز التسمية ، ويجب مهر المثل . اهـ (صحت التسمية ، ولها الوسط منه) أي من الجنس المسمى (والزوج مخير : إن شاء أعطاها ذلك) الوسط (وإن شاء أعطاها قيمته) ؛ لأن الوسط لا يعرف إلا بالقيمة ، فصارت القيمة أصلا في حق الإيفاء ، والوسط أصلٌ تسميةً ؛ فيتخير بينهما ، هداية .

(ولو تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر مثلها) قال في الهداية : معناه ذكر الثوب ، ولم يزد عليه ، ووجهه أن هذه جهالة الجنس ؛ إذ الثياب أجناس ، ولو سمى جنساً بأن قال « هروى » تصح التسمية ، ويخير الزوج ؛ لما بينا ، وكذا إذا سمى مكيلا أو موزوناً وسمى جنسه دون صفته ، وإن سمى جنسه وصفته لا يخير ؛ لأن الموصوف منها ثبت في الذمة ثبوتا صحيحا ، اهـ .

(ونكاح المتعة) وهو أن يقول لامرأة : أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال (و) النكاح (المؤقت) وهو : أن يتزوج امرأة عشرة أيام مثلا (باطل) أما الأول

وَتَزْوِيجُ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُمَا مَوْقُوفٌ : فَإِنْ أَجَازَهُ الْمَوْلَى جَازَ ، وإِنْ رَدَّهُ بَطَلَ ، وَكَذَلِكَ لَوْ زَوَّجَ رَجُلٌ امْرَأَةً بِغَيْرِ رِضَاهَا أَوْ رَجُلاً بِغَيْرِ رِضَاهُ .

وَيَجُوزُ لِابْنِ الْعَمِّ أَنْ يُزَوِّجَ بِنْتَ عَمِّهِ مِنْ نَفْسِهِ ، وإِذَا أَذِنَتِ الْمَرْأَةُ لِرَجُلٍ أَنْ يُزَوِّجَهَا مِنْ نَفْسِهِ فَعَقَدَ بِحَضْرَةِ شَاهِدَيْنِ جَازَ .

فبالإجماع ، وأما الثانى فقال زفر : هو صحيح لازم؛ لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ، ولنا أنه أتى بمعنى المتعة ، والعبرة فى العقود للمعانى ، ولا فرق بين ما إذا طالت مدة التوقيت أو قصرت ؛ لأن التوقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد، هداية

(وتزويج العبد والأمة) أى تزويج الفضولىّ لهما (بغير إذن مولاهما موقوف) على إجازته (فإن أجازهُ المولى جاز) العقد (وإن رده بطل) وليس هذا بتكرار لقوله « ولا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما » المار ؛ لأن ذاك فيما إذا باشرَا العقد بأنفسهما ، وهنا بمباشرة الفضولى ؛ كما يدل لذلك قوله (وكذلك) : أى يكون التزويج موقوفاً على رضا الأصيل (لو زوج رجل) فضولى (امرأة بغير رضاها) أى إذنها (أو) زوج (رجلا بغير رضاه) ؛ لأنه تصرف فى حق الغير ، فلا ينفذ إلا برضاه ، وقد مر فى البيوع توقف عقوده كلها إن كان لها مجيز وقت العقد وإلا تبطل .

(ويجوز لابن العم أن يزوج بنت عمه) الصغيرة (من نفسه) إذا كانت الولاية له ، فيكون أصيلا من جانب وليا من آخر ، وكذا لو كانت كبيرة وأذنت له أن يزوجها من نفسه (وإذا أذنت المرأة لرجل أن يزوجها من نفسه) أو ممن يتولى تزويجه أو ممن وكله أن يزوجه منها (فعقد) الرّجل عقدها حسبما أذنت له (بحضرة شاهدين جاز) العقد ، ويكون وكيلا من جانب وأصيلاً أو ولياً أو وكيلا من آخر ، وقد يكون وليا من الجانبين : كأن يزوج بنته من ابن أخيه ، قال فى الهداية : وإذا تولى طرفيه فقوله « زوجت » يتضمن الشطرين، ولا يحتاج إلى القبول . اه .

وَإِذَا ضَمِنَ الْوَلِيُّ الْمَهْرَ صَحَّ ضَمَانُهُ ، وَلِلْمَرْأَةِ الْخِيَارُ فِي مُطَالَبَةِ زَوْجِهَا أَوْ وَلِيِّهَا .

وَإِذَا فَرَّقَ الْقَاضِي بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَا مَهْرَ لَهَا ، وَكَذَلِكَ بَعْدَ الْخَلْوَةِ ، وَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا لَا يُزَادُ عَلَى الْمُسَمَّى ، وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ ، وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا .

وَمَهْرُ مِثْلِهَا يُعْتَبَرُ بِأَخَوَاتِهَا وَعَمَّاتِهَا وَبَنَاتِ عَمِّهَا ،

(وإذا ضمن الولى) : أى ولى الزوجة، وكذا وكيلها (المهر) لها (صح ضمانه) لأنه من أهل الالتزام ، والولىُّ والوكيل فى النكاح سفير ومعبر ، ولذا ترجع حقوقه إلى الأصيل (والمرأة الخيار فى مطالبة زوجها أو وليها) اعتباراً بسائر الكفالات، ويرجع الولى إذا أدى على الزوج إن كان بأمره كما هو الرسم فى الكفالة ، هداية .

(و إذا فرق القاضى بين الزوجين فى النكاح الفاسد) وهو: الذى فقد شرطاً من شروط الصحة كعدم الشهود ، وكان التفريق (قبل الدخول) بها فلا مهر لها) ؛ لأن النكاح الفاسد لاحكم له قبل الدخول (وكذلك بعد الخلوة) ؛ لفسادها بفساد النكاح ؛ لأن الخلوة فيه لا يثبت بها التمكين فلا تقام مقام الوطء(و إن دخل بها فلها مهر مثلها) ؛ لأن الوطء فى دار الإسلام؛ فلا يخلو عن عَقْر -بالفتح- أى حد زاجر ، أو عُقْر - بالضم - أى مهر جابر ، وقد سقط الحدُّ بشبهة العقد ، فيجب مهر المثل ، ولكن (لا يزاد على المسمى) لرضاها به (وعليها العدة) إلحاقاً للشبهة بالحقيقة فى موضع الاحتياط ، وتحرزا عن اشتباه النسب ، ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لامن آخر الوطآت ، وهو الصحيح؛لأنها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق . هداية (ويثبت نسب ولدها منه) ؛ لأن النسب يُحتاط فى إثباته صيانة الولد عن الضياع ، قال فى الهداية : وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد ، وعليه الفتوى ، اه ومثله فى قاضيخان .

(ومهر مثلها يعتبر بأخواتها وعماتها وبنات عمها) ، لأنهم قوم أبيها، والإنسان

وَلاَ يُعْتَبَرُ بِأُمِّهَا وَخَالَتِهَا إِذَا لَمْ يَكُونَا مِنْ قَبِيلَتِهَا ، وَيُعْتَبَرُ فِي مَهْرِ الْمِثْلِ : أَنْ تَتَسَاوَى الْمَرْأَتَانِ فِي السِّنِّ ، وَالْجَمَالِ ، وَالْعِفَّةِ ، وَالْمَالِ ، وَالْعَقْلِ ، وَالدِّينِ ، وَالْبَلَدِ ، وَالْعَصْرِ .

وَيَجُوزُ تَزْوِيجُ الْأَمَةِ مُسْلِمَةً كَانَتْ أَوْ كِتَابِيَّةً ، وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَمَةً عَلَى حُرَّةٍ ، وَيَجُوزُ تَزْوِيجُ الْحُرَّةِ عَلَيْهَا .

وَلِلْحُرِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَرْبَعاً مِنَ الْحَرَائِرِ وَالْإِمَاءِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ، وَلاَ يَتَزَوَّجُ الْعَبْدُ أَكْثَرَ مِنَ اثْنَتَيْنِ ، فَإِنْ طَلَّقَ الْحُرُّ إِحْدَى الْأَرْبَعِ طَلاَقاً بَائِناً لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ رَابِعَةً حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا

من جنس قوم أبيه (ولا يعتبر بأمها وخالتها إذا لم يكونا من قبيلتها) ، لأن المهر يختلف بشرف النسب ، والنسب يعتبر من جانب الأب ، فإن كانت الأم من قوم الأب بأن كانت بنت عمه اعتبر بمهرها ، لأنها من قوم أبيها (ويعتبر في مهر المثل : أن تتساوى المرأتان في السن والجمال والعفة والمال والعقل والدين والبلد والعصر) وبكارة وثيوبة ، وعلماً ، وأدباً ، وحسن خلق ؛ لأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف ، وهذا في الحرة ، وأما الأمة فبقدر الرغبة فيها كما في الفتح

(ويجوز) للحر (تزويج الأمة) الرقيقة (مسلمة كانت أو كتابية) ولو مع طَوْلِ الحرة (ولا يجوز أن يتزوج أمة على حرة) ولو برضاها ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تنكح الأمة على الحرة » هداية ، وكذا في عدتها ، ولو من بائن (ويجوز تزويج الحرة عليها) : أي الأمة ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « وتنكح الحرة على الأمة » ، ولأنها من المحللات في جميع الحالات ، هداية .

(وللحر أن يتزوج أربعاً من الحرائر والإماء ، وليس له أن يتزوج أكثر من ذلك) وله التسري بما شاء من الإماء (ولا يتزوج العبد أكثر من اثنتين) مطلقاً ، لأن الرق منصِّف ، ويمتنع عليه التسري ، لأنه لا يملك (فإن طلق الحر إحدى الأربع) ولو (طلاقاً بائناً لم يجز له أن يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها) ؛ لأن

وَإِذَا زَوَّجَ الْأَمَةَ مَوْلاهَا ثُمَّ أُعْتِقَتْ فَلَهَا الْخِيَارُ ، حُرًّا كَانَ زَوْجُهَا أَوْ عَبْداً ، وَكَذَلِكَ الْمُكَاتَبَةُ .

وَإِنْ تَزَوَّجَتْ أَمَةٌ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلاَهَا ثُمَّ أُعْتِقَتْ صَحَّ النِّكَاحُ وَلاَ خِيَارَ لَهَا

وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَتَيْنِ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ إِحْدَاهُمَا لاَ يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا صَحَّ نِكَاحُ الَّتِي يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا وَبَطَلَ نِكَاحُ الأخْرَى .

وَإِنْ كَانَ بِالزَّوْجَةِ عَيْبٌ فَلاَ خِيَارَ

نكاحها باقٍ من وجه ببقاء بعض الأحكام ، بخلاف ما إذا ماتت ، فإنه يجوز له ، لانقطاع النكاح بالكلية .

(وإذا زوج الأمة مولاها) أو تزوجت بإذنه (ثم أعتقت فلها الخيار) بين القرار والفرار (حراً كان زوجها أو عبداً) دفعاً لزيادة الملك عليها بطلقة ثالثة (وكذلك) حكم (المكاتبة) ، لوجود العلة فيها ، وهي زيادة الملك عليها ، ويقتصر خيارها على مجلس علمها بالعتق إذا كانت تعلم أن لها الخيار، فإن علمت بالعتق ولم تعلم بالخيار ثم علمت به في مجلس آخر فلها الخيار في ذلك المجلس .

(وإن تزوجت أمة بغير إذن مولاها ثم أعتقت صح النكاح) ؛ لأنها من أهل العبارة ، وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال (ولا خيار لها) ، لأن النفوذ بعد العتق ، فلا يتحقق زيادة الملك عليها .

(ومن تزوج امرأتين في عقد واحدة) وكانت (إحداهما لا يحل له نكاحها) بأن كانت محرماً له ، أو ذات زوج ، أو وثنية (صح نكاح التي يحل له نكاحها وبطل نكاح الأخرى) ، لأن المبطل في إحداها ، فيقتصر عليها ، بخلاف ما إذا جمع بين حر وعبد في البيع ، لأنه يبطل بالشروط الفاسدة ، بخلاف النكاح ، ثم جميع المسمى للتي تحل له عند أبي حنيفة ، وعندهما يقسم على مهر مثليهما، هداية.

(وإن كان بالزوجة عيب) كجنون أو جذام أو برص أو رتق أو قرن (فلا خيار

لِزَوْجِهَا ، وَإِذَا كَانَ بِالزَّوْجِ جُنُونٌ أَوْ جُذَامٌ أَوْ بَرَصٌ فَلَا خِيَارَ لِلْمَرْأَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ . وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَهَا الْخِيَارُ ، فَإِنْ كَانَ عِنِّينًا أَجَّلَهُ الْحَاكِمُ حَوْلًا ، فَإِنْ وَصَلَ إِلَيْهَا وَإِلَّا فَرَّقَ بَيْنَهُمَا إِنْ طَلَبَتِ الْمَرْأَةُ ذَلِكَ . وَالْفُرْقَةُ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ ، وَلَهَا كَمَالُ الْمَهْرِ إِنْ كَانَ قَدْ خَلَا بِهَا ، وَإِنْ كَانَ مَجْبُوبًا فَرَّقَ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا فِي الْحَالِ وَلَمْ يُؤَجِّلْهُ ،

لزوجها) ؛ لما فيه من الضرر بها بإبطال حقها ، ودفع ضرر الزوج ممكن بالطلاق أو بنكاح أخرى (و) كذا (إذا كان بالزوج) عيب (جنون أو جذام أو برص فلاخيار للمرأة عند أبى حنيفة وأبى يوسف) ؛ لأن المستحَقّ على الزوج تصحيح مهرها بوطئه إياها ، وهذا موجود (وقال محمد : لها الخيار) دفعاً للضرر عنها كما فى الجب والعنة ، قال فى التصحيح : والصحيح قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، ومشى عليه الإمام المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة . اهـ (وإن كان) الزوج (عنينا) وهو : مَنْ لايصل إلى النساء ، أو يصل إلى الثيب دون الأبكار ، أو يصل إلى بعض النساء دون بعض ، فهو عنين فى حق مَنْ لايصل إليها ، فإذا رفعته إلى الحاكم (أجله الحاكم) المُوَلَّى (حولا) تاما؛ لاشتماله على الفصول الأربعة (فإن وصل إليها) مرة فى ذلك الحول فبها (وإلا فرق) القاضى (بينهما إن طلبت المرأة ذلك) وأبى الزوجُ الطلاق ، قال فى التصحيح : فلو مرض أحدهما مرضا لايستطاع معه الجماع عن محمد لايحسب الشهر وما دونه يحسب ، وهو أصح الأقاويل . ولو تزوج امرأة تعلم حاله مع التى قبلها، الصحيحُ أن لها حق الخصومة اهـ (و) هذه (الفرقة تطليقة)؛ لأنها بسبب من جهة الزوج (بائنة)؛لأن مشروعيتها لتملك نفسها، ولاتملك نفسها بالرَّجْعَة (ولها كمال المهر إن كان قد خلا بها)خلوة صحيحة ؛ لأن خلوة العنين صحيحة تجب بها العدة ، وإن تزوجها بعد ذلك أو تزوجته وهى تعلم أنه عنين فلا خيار لها وإن كان عنينا وهى رتقاء لم يكن لها خيار كما فى الجوهرة (وإن كان) الزوج (مجبوبا) أو مقطوع الذكر فقط وطلبت المرأة الفرقة (فرق القاضى بينهما فى الحال ولم يؤجله)

وَالْخَصِيُّ يُؤَجَّلُ كَمَا يُؤَجَّلُ الْعِنِّينُ ،

وَإِذَا أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ وَزَوْجُهَا كَافِرٌ عَرَضَ عَلَيْهِ الْقَاضِي الْإِسْلَامَ ، فَإِنْ أَسْلَمَ فَهِيَ امْرَأَتُهُ ، وَإِنْ أَبَى عَنِ الْإِسْلَامِ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا ، وَكَانَ ذَلِكَ طَلَاقًا بَائِنًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : هِيَ فُرْقَةٌ بِغَيْرِ طَلَاقٍ .

فَإِنْ أَسْلَمَ الزَّوْجُ وَتَحْتَهُ مَجُوسِيَّةٌ عَرَضَ عَلَيْهَا الْإِسْلَامَ ، فَإِنْ أَسْلَمَتْ فَهِيَ امْرَأَتُهُ ، وَإِنْ أَبَتْ فَرَّقَ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا، وَلَمْ تَكُنْ هَذِهِ الْفُرْقَةُ طَلَاقًا، فَإِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا فَلَا مَهْرَ لَهَا ،

لعدم الفائدة فيه (والخصى) والذى سُلّتْ خصيتاه وبقيت آلته ، إذا كانت لاتنتشر آلته (يؤجل كما يؤجل العنين) ؛ لاحتمال الانتشار والوصول .

(وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر) وهو يعقل الإسلام (عرض عليه القاضى الإسلام ؛ فإن أسلم فهى امرأته) ؛ لعدم المنافى (وإن أبى عن الإسلام فرق) القاضى (بينهما) ؛ لعدم جواز بقاء المسلمة تحت الكافر (وكان ذلك) التفريق (طلاقاً بائناً عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : هى فرقة من غير طلاق) والصحيح قولهما ، ومشى عليه المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة . اهـ تصحيح . قيدنا بالذى يعقل الإسلام لأنه لو لم يعقل لصغره أو جنونه عرض الإسلام على أبويه فإن أسلم أحدهما وإلا فرق بينهما .

(وإن أسلم الزوج وتحته مجوسية عرض) القاضى (عليها الإسلام ، فإن أسلمت فهى امرأته ، وإن أبت) عن الإسلام (فرق القاضى بينهما) ، لأن نكاح المجوسية حرام ابتداء وبقاء (ولم تكن هذه الفرقة طلاقا) لأن الفرقة بسبب من قبلها والمرأة ليست بأهل للطلاق (فإن كان) الزوج (قد دخل بها فلها المهر) المسمى ، لتأكده بالدخول ، فلا يسقط بعدُ بالفرقة (وإن لم يكن دخل بها فلا مهر لها) لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها .

وَإِذَا أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ فِي دَارِ الْحَرْبِ لَمْ تَقَعِ الْفُرْقَةُ عَلَيْهَا حَتَّى تَحِيضَ ثَلَاثَ حِيَضٍ ، فَإِذَا حَاضَتْ بَانَتْ مِنْ زَوْجِهَا .

وَإِذَا أَسْلَمَ زَوْجُ الْكِتَابِيَّةِ فَهُمَا عَلَى نِكَاحِهِمَا .

وَإِذَا خَرَجَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ إِلَيْنَا مِنْ دَارِ الْحَرْبِ مُسْلِمًا وَقَعَتِ الْبَيْنُونَةُ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ سُبِيَ أَحَدُهُمَا وَقَعَتِ الْبَيْنُونَةُ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ سُبِيَا مَعًا لَمْ تَقَعِ الْبَيْنُونَةُ ، وَإِذَا خَرَجَتِ الْمَرْأَةُ إِلَيْنَا مُهَاجِرَةً جَازَ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ ، وَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ،

(وإذا أسلمت المرأة فى دار الحرب لم تقع الفرقة عليها) بمجرد الإسلام ، بل (حتى) تنقضى عدتها : بأن (تحيض ثلاث حيض) إن كانت من ذوات الحيض ، أو تمضى ثلاثة أشهر إن كانت من ذوات الأشهر ، أو تضع حملها إن كانت حاملا ، وذلك عدتها ؛ لأن إسلامه مَرْجُوٌّ ، والعرض عليه متعذر ، فنزل منزلة الطلاق الرجعى (فإذا) انقضت عدتها بأن (حاضت) ثلاث حيض ، أو مضت أشهرها ، أووضعت حملها (بانت من زوجها) ولا فرق فى ذلك بين المدخولة وغيرها ، ثم إن كانت الفرقة قبل الدخول فلا عِدَّةَ عليها اتفاقا ، وإن كانت بعده فكذلك عند أبى حنيفة ، وعندهما لا بد لها من عدة أخرى ، وتمامه فى معراج الدراية .

(وإذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما) ، لأنه يصح النكاح بينهما ابتداء ، فبقاء أولى .

(وإذا خرج أحد الزوجين إلينا)أى إلى دار الإسلام (من دار الحرب مسلماً وقعت البينونة بينهما) لتباين الدار (و) كذلك (إن سبى أحدهما وقعت البينونة بينهما) لما قلنا (وإن سبيا معاً لم تقع البينونة) بينهما ؛ لعدم تباين الدار ، وإنما حدث الرق ، وهو غيرمُنَافٍ للنكاح (وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة)من دار الكفر (جاز لها أن تتزوج) حالا (ولا عدة عليها عند أبى حنيفة) لقوله تعالى: «ولا تُمْسِكوا

فإنْ كانَتْ حامِلاً لَمْ تتزوّجْ حتّى تضعَ حَمْلَها ،

وَإذا ارْتَدَّ أحَدُ الزّوْجَيْنِ عَنِ الْإسْلامِ وقعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُما بِغَيْرِ طلاقٍ ، فإنْ كانَ الزّوْجُ هُوَ المُرْتَدَّ وَقَدْ دَخَلَ بِها فَلَها كَمالُ المَهْرِ ، وَإنْ كانَ لَمْ يَدْخُلْ بِها فلَها نِصْفُ المَهْرِ ، وَإنْ كانَتِ المَرْأةُ هِيَ المُرْتَدَّةَ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلاَ مَهْرَ لَهَا ، وَإنْ كانَتِ الرِّدَّةُ بَعْدَ الدُّخُولِ فَلَها المَهْرُ ، وَإنِ ارْتَدّا مَعاً وَأسْلَما فَهُمَا عَلَى نِكاحِهِمَا ،

بِعِصَمِ الكوافر » وفى لزوم العدة عليها تَمَسُّكُ بعصمته ، وقالا : عليها العدة لأن الفرقة وقعت بعد الدخول بدار الإسلام ، قال فى التصحيح : والصحيح قوله ، واعتمده المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة. اهـ (وإن كانت) المهاجرة (حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها)، لأن الحمل ثابت النسب فيمنع صحة النكاح، قال فى الهداية: وعن أبى حنيفة أنه يصح النكاح ، ولا يقربها زوجها حتى تضع كما فى الحبلى من الزنا ، قال الإسبيجابى : والصحيح الأول .

(وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام) والعياذ بالله تعالى (وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق) قال فى الهداية : وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد : إن كانت الردة من الزوج فهى فرقةُ طلاقٍ ، واعتمد قولها المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة، اهـ (فإن كان الزوج هو المرتد) كان (قد دخل بها فلها كمال المهر) ؛ لأنه قد استقر بالدخول (وإن كان لم يدخل بها) بعدُ (فلها نصف المهر) ؛ لأنها فرقة حصلت من الزوج قبل الدخول ، وهى مُتَنَصِّفَةٌ (وإن كانت المرأة هى المرتدة) وكانت الردة (قبل الدخول فلا مهر لها) ؛ لأنها منعت المعقود عليه بالارتداد ، فصارت كالبائع إذا أتلف المبيع قبل القبض (وإن كانت الردة بعد الدخول) بها (فلها المهر) كاملا؛ لما مر أن الدخول فى دار الإسلام لا يخلو عن عُقْر أو عُقر (وإن ارتدا معاً) أو لم يعلم السبق (وأسلما معاً) كذلك (فهما على نكاحهما) استحساناً ؛ لعدم اختلاف دينهما .

وَلا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْمُرْتَدُّ مُسْلِمَةً وَلا كافِرَةً وَلا مُرْتَدَّةً، وَكَذٰلِكَ الْمُرْتَدَّةُ لاَ يَتَزَوَّجُهَا مُسْلِمٌ وَلا كافِرٌ وَلاَ مُرْتَدٌّ ،

وَإِذا كانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مُسْلِماً فَالْوَلَدُ عَلَى دِينِهِ ، وَكَذٰلِكَ إِنْ أَسْلَمَ أَحَدُهُما وَلَهُ وَلَدٌ صَغِيرٌ صارَ وَلَدُهُ مُسْلِماً بِإِسْلاَمِهِ ، وَإِنْ كانَ أَحَدُ الأَبَوَيْنِ كِتابِيًّا وَالآخَرُ مَجُوسِيًّا فَالْوَلَدُ كِتابِيٌّ .

وَإِذا تَزَوَّجَ الْكافِرُ بِغَيْرِ شُهُودٍ أَوْ فِي عِدَّةِ الْكافِرِ وَذٰلِكَ فِي دِينِهِمْ جائِزٌ ثُمَّ أَسْلَمَا أُقِرَّا عَلَيْهِ ، وَإِذا تَزَوَّجَ الْمَجُوسِيُّ أُمَّهُ أَو ابْنَتَهُ ثُمَّ أَسْلَمَا فُرِّقَ بَيْنَهُما ،

(ولا يجوز أن يتزوج) الرجل (المرتد) امرأة (مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة) لأنه مستحق للقتل ، والإمهال إنما هو ضرورة التأمل (وكذلك المرتدة لا يتزوجها) أي لا يجوز أن يتزوجها (مسلم ولا كافر ولا مرتد) لأنها محبوسة للتأمل .

(وإن كان أحد الزوجين مسلما فالولد على دينه) ؛ لأن في ذلك نظراً للولد ، والإسلام يعلو ولا يُعلَى عليه (وكذلك إن أسلم أحدهما وله ولد صغير) أو مجنون (صار ولده مسلماً بإسلامه) لما قلنا (وإن كان أحد الأبوين كتابيا و) كان (الآخر مجوسيا) أو وثنيا ونحوه (فالولد كتابي) ؛ لأن فيه نوع نظر ؛ لأنه أقرب إلى الإسلام في الأحكام ، كحل مناكحته وذبيحته .

(وإن تزوج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر ، وذلك في دينهم جائز ، ثم أسلما أقرا عليه) قال في زاد الفقهاء : أما قوله « في عدة كافر » فهو قول أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد وزفر : لا يُقَرَّانِ عليه ، والصحيح قول الإمام ، واعتمده المحبوبي والنسفي والموصلي وصدر الشريعة . اهـ تصحيح . قيد بعدة الكافر لأنه لو كانت من مسلم فرق بينهما ؛ لأن المسلم يعتقد العدة بخلاف الكافر (وإذا تزوج المجوسي أمه أو ابنته) أو غيرهما ممن لا يحل نكاحها (ثم أسلما) أو أحدهما أو ترافعا إلينا وهما على الكفر (فرق بينهما) ؛ لعدم المحلية ؛ للمحرمية ، وما يرجع إلى المحل

وَإِذَا كان لِلرَّجُلِ امْرَأَتَانِ حُرَّتَانِ فَعَلَيْهِ أَنْ يَعْدِلَ بَيْنَهُمَا فِي الْقَسْمِ ، بِكْرَيْنِ كَانَتَا أَو ثَيِّبَتَيْنِ أَو إِحْدَاهُمَا بِكْراً وَالأُخْرَى ثَيِّباً ، وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا حُرَّةً وَالأُخْرَى أَمَةً فَلِلْحُرَّةِ الثُّلُثَانِ مِنَ الْقَسْمِ وَلِلأَمَةِ الثُّلُثُ ، وَلا حَقَّ لَهُنَّ فِي الْقَسْمِ حَالَةَ السَّفَرِ ، وَيُسَافِرُ الزَّوْجُ بِمَنْ شَاءَ مِنْهُنَّ ، وَالأَوْلَى أَنْ يُقْرِعَ بَيْنَهُنَّ فَيُسَافِرَ بِمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهَا ، وَإِنْ رَضِيَتْ إِحْدَى الزَّوْجَاتِ بِتَرْكِ قِسْمِهَا .

يستوى فيه الابتداء والبقاء ، بخلاف ما مر . درر .

(وإذا كان لرجل امرأتان حرتان) أو أمتان (فعليه أن يعدل بينهما فى القسم) فى البيتوتة والملبوس والمأكول والصحبة (بكرين كانتا أو ثيبتين أو) كانت (إحداهما بكراً والأخرى ثيبا) لقول النبى صلى الله عليه وسلم : «من كانت له امرأتان ومال إلى إحداهما فى القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل» ولا فصل فيما رويناه ، والقديمة والجديدة سواء ؛ لإطلاق مارويناه ، ولأن القَسْمَ من حقوق النكاح ، ولاتفاوت بينهن فى ذلك ، والاختيار فى مقدار الدور إلى الزوج ؛ لأن المستحَقّ هو التسوية دون طريقها ، والتسوية المستحقة فى البيتوتة ، لافى المجامعة ؛ لأنها تبنى على النشاط هداية (وإن كانت إحداهما حرة و) كانت (الأخرى أمة فللحرة) : أى كان عليه للحرة (الثلثان من القسم ، و) كان (للأمة الثلث) بذلك ورد الأثر ، ولأن حق الأمة أنقص من حق الحرة ، فلابد من إظهار النقصان فى الحقوق . والمكاتبة والمدبرة وأم الولد بمنزلة الأمة ، لأن الرق فيه قائم (ولاحق لهن) أى الزوجات (فى القسم حالة السفر) دفعاً للحرج (فيسافر الزوج بمن شاء منهن) ، لأن له أن يستصحب واحدة منهن ، فكان له أن يسافر بواحدة منهن (و) لكن (الأولى أن يقرع بينهن) تَطْييباً لخاطرهن (فيسافر بمن خرجت قرعتها) ولا يحسب عليها ليالى سفرها ، ولكن يستقبل العدل بينهن (وإذا رضيت إحدى الزوجات بترك قسمها) بالكسر نوبتها

لِصَاحِبَتِهَا جَازَ ، وَلَهَا أَنْ تَرْجِعَ فِي ذَلِكَ .

كتاب الرضاع

قَلِيلُ الرَّضَاعِ وَكَثِيرُهُ سَوَاء ، إِذَا حَصَلَ فِي مُدَّةِ الرَّضَاعِ تَعَلَّقَ به التَّحْرِيمُ ، وَمُدَّةُ الرَّضَاعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ثَلَاثُونَ شَهْراً ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : سَنَتَانِ ،

(لصاحبتها جازَ) ، لأنه حقها (ولها أن ترجع فى ذلك) ؛ لأنها أسقطت حقاً لم يجب بعد ، فلا يسقط ، هداية .

كتاب الرضاع

مناسبته للنكاح ظاهرة .

وهو بالفتح والكسر لغة : المَصّ، وشرعا: مَصّ ابن آدمية فى وقت مخصوص

و (قليل الرضاع وكثيره) فى الحكم (سواء ، إذا حصل) ذلك (فى مدة الرضاع تعلق به التحريم) ؛ لقوله تعالى: «وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم ـ الآية»، وقوله عليه الصلاة والسلام : «يحرم من الرضاع مايحرم من النسب» من غير فصل هداية (ومدة الرضاع عند أبى حنيفة ثلاثون شهراً)لأن الله تعالى ذكر شيئين [1] وضَرَبَ لهما مدة، فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالأجل المضروب للدَّينَيْنِ، إلا أنه قام المنقص فى أحدهما ، فبقى الثانى على ظاهره . هداية ، ومشى على قوله المحبوبى والنسفى كما فى التصحيح ، وفى الجوهرة : وعليه الفتوى (وقالا :سنتان) لأن أدنى مدة الحمل ستة أشهر ، فبقى للفصال حَوْلَانِ ،قال فى الفتح:وهو الأصح، وفى التصحيح عن العيون : وبقولهما نأخذ للفتوى ، وهذا أولى ، لأنه أجيب فى شرح الهداية عما يستدل به على الزيادة على سنتين ، وبعد الجواب قال : فكان الأصح قولهما ، وهو مختار الطحاوى . اهـ . ثم الخلاف فى التحريم ، أما لزوم

---

(١) يشير إلى قوله تعالى : (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) .

فإذا مَضَتْ مُدَّةُ الرَّضَاعِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِالرَّضَاعِ تَحْرِيمٌ.

وَيَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ، إلاَّ أُمَّ أُخْتِهِ مِنَ الرَّضَاعِ؛ فإنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يتزَوَّجهَا . وَلا يَجُوزُ أَنْ يتزَوَّجَ أُمَّ أُخْتِهِ مِنَ النَّسَبِ، وَأُخْتُ ابْنِهِ مِنَ الرَّضَاعِ يَجُوزُ أَنْ يتزَوَّجها ولاَ يَجُوزُ أَنْ يتزَوَّجَ أُخْتَ ابْنِهِ مِنَ النَّسَبِ، وَامْرَأَةُ ابْنِهِ مِنَ الرَّضَاعِ لا يَجُوزُ أَنْ يتزَوَّجها، كَمَا لاَ يَجُوزُ أَنْ يتزَوَّجَ امْرَأَةَ ابْنِهِ مِنَ النَّسَبِ، وَامْرَأَةُ أَبِيهِ مِنَ الرَّضَاعِ لاَ يَجُوزُ أَنْ يتزَوَّجهَا، كَمَا لا يَجُوزُ أَنْ يتزَوَّجَ امْرَأَةَ أَبِيهِ مِنَ النَّسَبِ

وَلَبَنُ الْفَحْلِ يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّحْرِيمُ، وَهُوَ: أَنْ تُرْضِعَ الْمَرْأَةُ صَبِيَّةً فَتَحْرُمُ هَذِهِ الصَّبِيَّةُ عَلَى زَوْجِهَا

أجرة الرضاع للمطلقة فقدّر بالحولين بالإجماع كما فى الدر (فإذا مضت مدة الرضاع) على الخلاف (لم يتعلق بالرضاع تحريم) ولو لم يفطم، كما أنه يثبت فى المدة ولو بعد الفطام والاستغناء بالطعام على المذهب كما فى البحر، وفى الهداية: ولا يعتبر الفطام قبل المدة إلا فى رواية عن الإمام إذا استغنى عنه، اهـ.

(ويحرم من الرضاع مايحرم من النسب) للحديث المار (إلا أم أخته) أوأخيه (من الرضاع، فإنه يجوز أن يتزوجها، ولا يجو) له (أن يتزوج أم أخته) أوأخيه (من النسب)، لأنها تكون أمه، أو موطوءة أبيه، بخلاف الرضاع (.) (إلا) (أخت ابنه من الرضاع)، فإنه (يجوز) له (أن يتزوجها، ولا يجوز) له (أن يتزوج أخت ابنه من النسب؛ لأنها تكون بنته أو ربيبته، بخلاف الرضاع (وامرأة ابنه من الرضاع لا يجوز) له (أن يتزوجها كما لا يجوز) له (أن يتزوج امرأة ابنه من النسب) وذكر الأصلاب فى النص [1] لإسقاط اعتبار التبنّى.

(ولبن الفحل) أى الرجل من زوجته المرضعة إذا كان لبنها منه (يتعلق به التحريم، وهو: أن ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها) أى زوج

---

(١) هو قوله تعالى كلمته: (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم)..

وعَلَى آبائِهِ وَأَبْنَائِهِ ، وَيَصِيرُ الزَّوْجُ الَّذِى نَزَلَ مِنْهُ اللَّبَنُ أَبًا لِلْمُرْضَعَةِ .

وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الرَّجُلُ بِأُخْتِ أَخِيهِ مِنَ الرَّضَاعِ ، كَمَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأُخْتِ أَخِيهِ مِنَ النَّسَبِ ، وذَلِكَ مِثْلُ الأَخِ مِنَ الأَبِ إِذَا كَانَ لَهُ أُخْتٌ مِنْ أُمِّهِ جَازَ لِأَخِيهِ مِنْ أَبِيهِ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا.

وَكُلُّ صَبِيَّيْنِ اجْتَمَعَا عَلَى ثَدْىِ وَاحِدٍ لَمْ يَجُزْ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَزَوَّجَ بِالآخَرِ ، وَلا يَجُوزُ أَنْ تَتَزَوَّجَ الْمُرْضَعَةُ أَحَداً مِنَ وَلَدِالَّتِى أَرْضَعَتْهَا وَلاوَلَدِ وَلَدِهَا ، وَلاَ يَتَزَوَّجُ الصَّبِيُّ الْمُرْضَعُ أُخْتَ زَوْجِ الْمُرْضِعَةِ لِأَنَّهَا عَمَّتُهُ مِنَ الرَّضَاعِ .

المرضعة (وعلى آبائه وأبنائه ، و يصير الزوج الذى نزل منه اللبن) وذلك بالولادة منه (أبا للمرضعة) بالفتح ــ أى الصبية ، كما أن المرضعة ــ بالكسر ــ أم لها قيد بالذى نزل منه اللبن لأنه إذا لم يكن اللبن منه بأن تزوجت ذاتُ ابن رجلا فأرضعت صبيا فإنه لا يكون ولداً له من الرضاع ، بل يكون ربيباً له من الرضاع ، وابنا لصاحب اللبن.

(ويجوز أن يتزوج الرجل بأخت أخيه من الرضاع ، كما يجوز أن يتزوج بأخت أخيه من النسب ، وذلك مثل الأخ من الأب إذا كان له أخت من أمه جاز لأخيه من أبيه أن يتزوجها) لأنه لا قرابة بينهما .

(وكل صبيين اجتمعا على ثدى واحد) بأن رضعا منه و إن اختلف الزمن والأب (لم يجز لأحدهما أن يتزوج بالآخر) ، لأنهما أخوان (ولا يجوز أن تتزوج المرضعة) بفتح الضاد والرفع على الفاعلية ــ أى الصبية (أحداً) بالنصب على المفعولية وفى بعض النسخ « يتزوج المرضعة أحد » بالرفع (من ولد التى أرضعتها) ، لأنهم أخواتها (ولا ولد ولدها) ، لأنهم أولاد إخوتها ، وقد اختلف فى إعراب قوله «ولد ولدها » فبعضهم رفعه ، وبعضهم نصبه ، وكان شيخ الإسلام الحارثى يقول : يجوز فيه الحركات الثلاث : أما الرفع فعطفا على «أحد» وأما النصب فعطفا على «المرضعة» وأما الجر فعطفا على «ولد» والرفع أظهر ، كذا فى التصحيح (ولا يتزوج الصبى المرضع أخت الزوج) أى زوج المرضعة (لأنها) أى أخت الزوج (عمته من الرضاع) لأن

وَإِذَا اخْتَلَطَ اللَّبَنُ بِالْمَاءِ وَاللَّبَنُ هُوَ الْغَالِبُ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ ، وَإِن غَلَبَ الْمَاءُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ ، وَإِذَا اخْتَلَطَ بِالطَّعَامِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ ، وَإِنْ كَانَ اللَّبَنُ غَالِباً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وإِذَا اخْتَلَطَ بِالدَّوَاءِ وَهُوَ الْغَالِبُ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ .

وَإِذَا حُلِبَ اللَّبَنُ مِنَ الْمَرْأَةِ بَعْدَ مَوْتِهَا فَأُوجِرَ بِهِ الصَّبِيُّ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ ، وَإِذَا اخْتَلَطَ اللَّبَنُ بِلَبَنِ شَاةٍ وَاللَّبَنُ هُوَ الْغَالِبُ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ ، وَإِنْ غَلَبَ لَبَنُ الشَّاةِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ ،

الزوج أبوه من الرضاع كما مر .

(وإذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب) على الماء (تعلق به التحريم وإن غلب الماء) على اللبن (لم يتعلق به التحريم) ؛ لأن المغلوب غير موجود حكما (وإذا اختلط) اللبن (بالطعام لم يتعلق به التحريم ، وإن كان اللبن غالبا) على الطعام (عند أبي حنيفة) قال في الهداية : وقالا : إذا كان اللبن غالباً تعلق به التحريم ، وقولهما فيما إذا لم تصبه النار ، حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعاً ، ولا يعتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده ، وهو الصحيح ، وقال قاضيخان : إنه الأصح ، وهذا احترازعن قول من قال من المشايخ: إن عدم إثبات الحرمة عنده إذا لم يكن متقاطراً عند رفع اللقمة ، أما معه فيحرم اتفاقا، وقد رجحوا دليل الإمام ، ومشى على قوله المحبوبي والنسفي وصدر الشريعة ، كذا في التصحيح (وإذا اختلط) اللبن (بالدواء و) كان اللبن (هو الغالب تعلق به التحريم) ؛ لأن اللبن يبقى مقصوداً فيه ، إذ الدواء لتقويته على الوصول ، هداية .

(وإذا حلب اللبن من المرأة بعد موتها فأوجر به الصبي) أي صُبَّ في حلقه ووصل إلى جوفه (تعلق به التحريم) ، لحصول معنى الرضاع ، لأن اللبن بعد الموت على ما كان قبله (وإذا اختلط اللبن) من المرأة (بلبن الشاة واللبن) من المرأة (هو الغالب تعلق به التحريم ، وإن غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم) اعتباراً

وَإذا اخْتَلَطَ لَبَنُ امْرَأَتَيْنِ تَعَلَّقَ التَّحْرِيمُ بِأَكْثَرِهِمَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ ، وَقالَ مُحَمَّدٌ : يَتَعَلَّقُ بِهِمَا .

وَإِذَا نَزَلَ لِلْبِكْرِ لَبَنٌ فَأَرْضَعَتْ بِهِ صَبِيًّا تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ ، وإذَا نَزَلَ لِلرَّجُلِ لَبَنٌ فَأَرْضَعَ بِهِ صَبِيًّا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ .

وَإِذَا شَرِبَ صَبِيَّانِ مِنْ لَبَنِ شَاةٍ فَلاَ رَضَاعَ بَيْنَهُمَا ،

للغالب كما فى الماء (وإذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأكثرهما عند أبى حنيفة وأبى يوسف)، لأن الكل صار شيئاً واحداً، فيجعل الأقل تبعاً للأكثر فى بناء الحكم عليه (وقال محمد : يتعلق بهما) لأن الجنس لا يغلب الجنس ، فإن الشىء لا يصير مستهلكا فى جنسه، لاتحاد المقصود ، قال فى الهداية : وعن أبى حنيفة فى هذا روايتان، ومشى على قول أبى يوسف الإمام المحبوبى والنسفى ، ورجح قول محمد الطحاوى ، وفى شرح الهداية : ويميل كلام المصنف إلى ما قال محمد حيث أخر دليله ، فإنه الظاهر من تأخر كلامه فى المناظرة لأنه قاطع للآخر ، وأصله أن السكوت ظاهر فى الانقطاع ، ورجَّحَ بعض المشايخ قول محمد أيضاً ، وهو ظاهر . قلت : وقوله أحْوَطُ فى باب المحرمات ، كذا فى التصحيح .

(وإذا نزل للبكر لبن فأرضعت صبيا تعلق به التحريم) ؛ لإطلاق النص ، ولأنه سبب النُّشُوءِ ، فيثبت به شبهة البعضية . هداية (وإذا نزل للرجل لبن فأرضع به صبيا لم يتعلق به التحريم) لأنه ليس بلبن على الحقيقة ؛ لأن اللبن إنما يتصور ممن تتصور منه الولادة ، وإذا نزل للخنثى لبن ، فإن علم أنه امرأة تعلق به التحريم وإن علم أنه رجل لم يتعلق به التحريم ، وإن أشكل : إن قال النساء إنه لا يكون على غزارته إلا لامرأة تعلق به التحريم ، احتياطا ، وإن لم يقلن ذلك لا يتعلق به التحريم ، وإذا جُبِّنَ لبن امرأة وأطعم الصبى تعلق به التحريم ، كذا فى الجوهرة

(وإذا شرب صبيان من لبن شاة فلا رضاع بينهما) لأنه لا جزئية بين الآدمى والبهائم ، والحرمة باعتبارها .

وإذا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ صَغِيرَةً وكَبِيرَةً فأرْضَعَتِ الْكَبِيرَةُ الصَّغِيرَةَ حَرُمَتَا عَلَى الزَّوْجِ ، فإنْ كانَ لَمْ يَدْخُلْ بالْكَبِيرَةِ فَلاَ مَهْرَ لَهَا ، وَلِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ المَهْرِ ، ويَرْجِعُ بِهِ الزَّوْجُ عَلَى الْكَبِيرَةِ إنْ كانَتْ تَعَمَّدَتْ بِهِ الْفَسَادَ ، وَإنْ لَمْ تَتَعَمَّدْ فَلا شَيْءَ عَلَيْهَا .

ولاَ تُقْبَلُ فِي الرَّضَاعِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مُنْفَرِدَاتٍ ، وَإنَّما يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أوْ رَجُلٍ وامْرَأتَيْنِ .

(وإذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت) الزوجة (الكبيرة الصغيرة حرمتا) كلتاهما (على الزوج) أبدا إن كان دخل بالكبيرة ، وإلا جاز له تزوج الصغيرة ثانياً ، ثم (فإن كان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها) ؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها (و) كان على الزوج (للصغيرة نصف المهر) ؛ لأن الفرقة وقعت لا من جهتها ؛ والارتضاع وإن كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر فى إسقاط حقها كما إذا قتلت مورثها ، هداية (ويرجع به الزوج على الكبيرة إن كانت تعمدت به الفساد) : بأن كانت عاقلة طائعة متيقظة عالمة بالنكاح وبإفساد الإرضاع ، ولم تقصد دفع جوع أو هلاك كما فى الدرر (وإن لم تتعمد فلا شىء عليها) ؛ لأن السبب يشترط فيه التعدى ، والقول لها إن لم يظهر منها تعمد الفساد . درعن المعراج .

(ولا تقبل فى الرضاع شهادة النساء منفردات) لأن شهادة النساء ضرورية فيما لا اطلاع للرجال عليه ، والرضاع ليس كذلك (وإنما يثبت) بما يثبت به المال ، وذلك (بشهادة رجلين) عدلين أو مستورين (أو رجل وامرأتين) كذلك ، لما فيه من إبطال الملك ، وهو لا يثبت إلا بحجة ، فإذا قامت الحجة فرق بينهما ، ولا تقع الفرقة إلا بتفريق القاضي ، لتضمنها إبطال حق العبد ، ثم إن كانت الفرقة قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن بعده كان لها الأقل من المسمى ومهر المثل ، وليس لها فى العدة نفقة ولا سكنى ، كما فى الجوهرة .

كتاب الطلاق

الطَّلَاقُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ : أَحْسَنِ الطَّلَاقِ ، وطَلاقِ السُّنَّةِ ، وَطَلَاقِ الْبِدْعَةِ ؛ فأَحْسَنُ الطَّلَاقِ : أَنْ يُطَلِّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ تَطْلِيقَةً وَاحِدَةً فِي طُهْرٍ لَمْ يُجَامِعْهَا فِيهِ وَيَتْرُكَهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا . وَطَلَاقُ السُّنَّةِ : أَنْ يُطَلِّقَ الْمَدْخُولَ بِهَا ثَلَاثًا فِي ثَلَاثَةِ أَطْهَارٍ ، وَطَلَاقُ الْبِدْعَةِ : أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلَاثًا بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ ، أَوْ ثَلَاثًا فِي طُهْرٍ واحِدٍ

كتاب الطلاق

مناسبته للرضاع هو أن كلا منهما محرِّمٌ .

وهو لغة : رفع القَيْد ، لـكن جعلوه فى المرأة طلاقاً ، وفى غيرها إطلاقاً ، ولذا كان « أنت مُطَلَّقة » بالتشديد صريحاً ، و« مُطْلَقة » بالتخفيف كناية .

وشرعاً : رفع قيد النـكاح فى الحال أو المآل بلفظ مخصوص .

وأقسامه ثلاثة كما صرح به المصنف بقوله : (الطلاق على ثلاثة أوجه : أحسن الطلاق ، وطلاق السنة ، وطلاق البدعة) وجعله الـكرخى على ضربين : طلاق السنة ،وطلاق البدعة (فأحسن الطلاق) بالنسبة إلى بقية أقسامه (أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة) رجعية كما فى ظاهر الرواية ، وفى زيادات الزيادات : البائن والرجعى سواء ، كذا فى التصحيح (فى طهر لم يجامعها فيه و يتركها حتى تنقضى عدتها) لأنه أبعد من الندامة ؛ لتمـكنه من التدارك ، وأقل ضرراً بالمرأة (وطلاق السنة: أن يطلق المدخول بها ثلاثاً فى ثلاثة أطهار) فى كل طهر تطليقة ، ثم قيل :الأولى أن يؤخر الإيقاع إلى آخر الطهر ، احترازاً عن تطويل العدة ، والأظهر أن يطلقها كما طهرت ، لأنه لو أخَّر ربما يجامعها ، ومن قصده التطليق ، فيبتلى بالإيقاع عقب الوقاع . هداية (وطلاق البدعة : أن يطلقها ثلاثاً) أو اثنتين (بكلمة واحدة،أو) يطلقها (ثلاثاً) أو اثنتين (فى طهر واحد) ، لأن الأصل فى الطلاق الحظر ، لما فيه

فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ وَقَعَ الطَّلَاقُ ، وَبَانَتْ مِنْهُ ، وَكَانَ عَاصِياً . وَالسُّنَّة فِي الطَّلَاقِ مِنْ وَجْهَيْنِ : سُنَّةٌ فِي الْوَقْتِ ، وسُنَّةٌ فِي الْعَدَدِ ، فَالسُّنَّة فِي الْعَدَدِ يَسْتَوِى فِيهَا الْمَدْخُولُ بِهَا وَغَيْرُ الْمَدْخُولِ بِهَا ، وَالسُّنَّةُ فِي الْوَقْتِ تَثْبُتُ فِي الْمَدْخُولِ بِهَا خَاصَّةً ، وَهُوَ : أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي طُهْرٍ لَمْ يُجَامِعْهَا فِيهِ ، وَغَيْرُ الْمَدْخُولِ بِهَا يُطَلِّقُهَا فِي حَالِ الطُّهْرِ وَالْحَيْضِ ، وَإِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ لَا تَحِيضُ مِنْ صِغَرٍ أَوْ كِبَرٍ فَأَرَادَ أَنْ يُطَلِّقَهَا لِلسُّنَّةِ طَلَّقَهَا وَاحِدَةً ، فَإِذَا مَضَى شَهْرٌ طَلَّقَهَا أُخْرَى ، فَإِذَا مَضَى شَهْرٌ آخَرُ طَلَّقَهَا أُخْرَى ،

من قطع النكاح الذى تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية ، والإباحة إنما هى للحاجة إلى الخلاص ،ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث أو فى طهر واحد ؛ لأن الحاجة تندفع بالواحدة ، وتمام الخلاص فى المفرق على الأطهار ، فالزيادة إسراف،فكان بدعة (فإذا فعل ذلك وقع الطلاق ، و بانت) المرأة (منه ، وكان عاصياً) ، لأن النهى لمعنى فى غيره ، فلا يعدم المشروعية (والسنة فى الطلاق من وجهين : سنة فى الوقت) بأن تكون طاهرة (وسنة فى العدد) بأن تكون واحدة (فالسنة فى العدد يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها) ، لأن الطلاق الثلاث فى كلمة واحدة إنما منع منه خوفا من الندم ، وهو موجود فى غير المدخول بها(والسنة فى الوقت تثبت فى المدخول بها خاصة ، وهو : أن يطلقها فى طهر لم يجامعها فيه)، لأن المراعى دليل الحاجة ، وهو الإقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالى عن الجماع ، أما زمان الحيض فزمان النفرة ، و بالجماع مرة فى الطهر تفتُر الرغبة (وغير المدخول بها يطلقها فى حال الطهر والحيض) ، لأن الرغبة بها صادقة فى كل حال ، ولا عدة عليها فتتضرر بطولها (و إذا كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر فأراد أن يطلقها للسنة طلقها واحدة) وتركها حتى يمضى شهر (فإذا مضى شهر طلقها) طلقة (أخرى) وتركها أيضاً حتى يمضى شهر آخر (فإذا مضى شهر آخر طلقها) طلقة (أخرى) فتصير ثلاث طلقات فى ثلاثة أشهر ؛

وَيَجُوزُ أَنْ يُطَلِّقَهَا وَلاَ يَفْصِلَ بَيْنَ وَطْئِهَا وَطَلاَقِهَا بِزَمَانٍ . وَطَلاَقُ الْحَامِلِ يَجُوزُ عَقِيبَ الْجِمَاعِ ، وَيُطَلِّقُهَا لِلسُّنَّةِ ثَلاَثًا يَفْصِلُ بَيْنَ كُلِّ تَطْلِيقَتَيْنِ بِشَهْرٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لاَ يُطَلِّقُهَا لِلسُّنَّةِ إِلاَّ وَاحِدَةً ، وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي حَالِ الْحَيْضِ وَقَعَ الطَّلاَقُ ، وَيُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا ،

لأن الشهر فى حقها قائم مقام الحيض ، ثم إن كان الطلاق فى أول الشهر تعتبر الشهور بالأهلة ، وإن كان فى وسطه فبالأيام فى حق التفريق ، وفى حق العدة كذلك عند أبى حنيفة ، وعندهما يكمل الأول بالأخير ، والمتوسطان بالأهلة وهى مسألة الإجارات . هداية (ويجوز أن يطلقها) : أى مَنْ لاتحيض (ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان) لأن الكراهية فيمن تحيض لتوهم الحبل ، وهو مفقود هنا (وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع) لأنه لايؤدى إلى اشتباه وجه العدة ، وزمان الحبل زمان الرغبة فى الوطء (ويطلقها) : أى الحامل (للسنة ثلاثاً) فى ثلاثة أشهر ، كما فى ذوات الأشهر (يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبى حنيفة وأبى يوسف) ، لأن الإباحة لعلة الحاجة ، والشهر دليلها كما فى حق الآيسة والصغيرة (وقال محمد) وزفر : (لايطلقها للسنة إلا واحدة) ، لأن الأصل فى الطلاق الحظر ، وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة ، والشهر فى حق الحامل ليس من فصولها ، فصارت كالممتدّ طهرُها ، واعتمد قول الأولين المحبوبى والنسفى والموصلى وغيرهم كما هو الرسم اﻫ تصحيح .

(وإذا طلق الرجل امرأته فى حال الحيض وقع الطلاق) ؛ لأن النهى عنه لمعنى فى غيره ، فلا تنعدم مشروعيته (و) لكن (يستحب له أن يراجعها) قال نجم الأئمة فى الشرح : استحباب المراجعة قول بعض المشايخ ، والأصح أنه واجب عملا بحقيقة الأمر[1] ورفعاً للمعصية بالقدر الممكن ، ومثله فى الهداية ، وقال برهان

---

(١) هو قوله صلى الله عليه وسلم لعمر بن الخطاب فى شأن ابنه « مره فليراجعها »

فإذا طَهُرَتْ وحاضَتْ وطَهُرَتْ فَهُوَ مُخَيَّرٌ: إنْ شاء طَلَّقَها، وَإنْ شاءَ أمْسَكَها .

ويَقعُ طَلاقُ كُلِّ زَوْجٍ إذا كانَ عاقِلاً بالِغاً ، وَلا يَقَعُ طَلاقُ الصَّبيِّ والمَجْنُونِ والنَّائِم ، وَإذا تزَوَّجَ العَبْدُ ثُمَّ طَلَّقَ وَقَعَ طَلاقُه ، وَلاَ يَقَعُ طَلاقُ مَوْلاهُ عَلَى امْرَأتِهِ .

وَالطَّلاقُ عَلَى ضَرْبَيْنِ : صَرِيحٍ ، وَكِنايَةٍ ، فالصَّرِيحُ قَوْلُهُ : أَنْتِ طَالِقٌ ، وَمُطَلَّقَةٌ ، وَطَلَّقْتُكِ ، فَهذَا يَقَعُ بِهِ الطَّلاقُ الرَّجْعِيُّ

الأئمة المحبوبى : وتجب رجعتها فى الأصح ، كذافى التصحيح (فإذا طهرت) من حيضها الذى طلقها وراجعها فيه (وحاضت) حيضاً آخر (وطهرت) منه (فهو): أى الزوج (مخير: إن شاء طلقها) ثانيا(و إن شاءأمسكها) قال فى الهداية : وهكذا ذكرفى الأصل،وذكر الطحاوى أنه يطلقها فى الطهر الذى يلى الحيضة ، قال أبو الحسن الكرخى:ماذكره الطحاوى قول أبى حنيفة ، وماذكر فى الأصل قولهما . اه .
وفى التصحيح:قال الكرخى: هذا قولهما ، وقول أبى حنيفة له أن يطلقها فى الطهر الذى يلى الحيضة التى طلقها وراجعها فيه ، وقال فى الكافى : المذكور فى الكتاب ظاهر الرواية عن أبى حنيفة ، والذى ذكره الكرخى رواية عن أبى حنيفة . اه .

(ويقع طلاق كل زوج إذا كان بالغا عاقلا) ولو مكرها أو سكران بمحظور (ولا يقع طلاق الصبى) ولو مراهقا أوأجازه بعد البلوغ ، أما لو قال « أوقعته » وقع لأنه ابتداء إيقاع (و) لاطلاق (المجنون) إلا إذا علق عاقلا ثم جن فوجد الشرط ، أو كان عنيناً أو مجبوبا وأسلمت امرأته وهو كافر وأبى أبواه الإسلام كما فى الأشباه (و) لاطلاق (النائم) لعدم الاختيار ، وكذا المغمى عليه ، ولو استيقظ وقال «أجزت ذلك الطلاق» أو «أوقعته» لايقع ، لأنه أعاد الضمير إلى غير معتبر . جوهرة (وإذا تزوج العبد وطلق وقع طلاقه)لأن ملك النكاح حقه فيكون الإسقاط إليه (ولايقع طلاق مولاه على امرأته):أى امرأة العبد،لأنه لاحق له فى نكاحه .

(والطلاق على ضربين : صريح ، وكناية ، فالصريح) مالم يستعمل إلا فيه وهو (قوله : أنت طالق، ومُطَلَّقة) بتشديد اللام (وقد طلقتك ، فهذا) المذكور (يقع به بالطلاق الرجعى)لأن هذه الألفاظ تستعمل فى الطلاق،ولا تستعمل فى غيره فكان

وَلاَ يَقَعُ بِهِ إِلاَّ وَاحِدَةٌ وَإِنْ نَوَى أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ، وَلاَ يَفْتَقِرُ إِلَى النِّيةِ .

وَقَوْلُهُ : أَنْتِ الطَّلاَقُ ، أَوْ أَنْتِ طَالِقٌ الطَّلاَقَ ، أَوْ أَنْتِ طالِقٌ طَلاَقاً ، فإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِية ، وَإِنْ نَوَى بِهِ ثَلاَثاً كَانَ ثَلاَثاً .

وَالضَّرْبُ الثَّانِي : الْكِنَايَاتُ ، وَلاَ يَقَعُ بِهَا الطلاَقُ إِلاَّ بِنِيَّةٍ أَوْ دَلاَلَةِ حَالٍ . وَهِيَ عَلَى ضَرْبَيْنِ مِنْهَا ثَلاَثَةُ أَلْفَاظٍ يَقَعُ بِهَا الطَّلاَقُ الرَّجْعِيُّ وَلا يَقَعُ بِهَا إِلا وَاحِدَةٌ ، وَهِيَ قَوْلُهُ : اعْتَدِّي ، وَاسْتَبْرِئِي رَحِمَكِ ،

صريحاً ، وإنه يعقب الرجعة بالنص، ولا يفتقر إلى النية لأنه صريح فيه لغلبة الاستعمال هداية (ولا يقع به إلا واحدة) رجعية (وإن نوى أكثر من ذلك) أي : أكثر من الواحدة الرجعية؛ فيشمل الواحدة البائنة ، والأكثر من الواحدة ، لأنه نعت فرد حتى قيل للمثنى : طالقان، وللثلاث: طوالق، فلا يحتمل العدد ، لأنه ضده ، والعدد الذى يقرن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقاً ثلاثاً، هداية . ومجرد النية من غير لفظ دال لا عبرة بها (ولا يفتقر إلى النية) لأن النية لتعيين المحتمل ، وهذا مستعمل فى خاص

(وقوله أنت الطلاق) أو طلاق(أو أنت طالق الطلاق ، أو أنت طالق طلاقاً ، فإن لم تكن له نية) أو نوى واحدة أو اثنتين (فهى واحدة رجعية) ، لأنه مصدر صريح لا يحتمل العدد (وإن نوى به ثلاثاً كان ثلاثا) ، لأن المصدر يحتمل العموم والكثرة ، فيتناول الأدنى مع احتمال الكل ، ويتعين بالنية .

(والضرب الثانى الكنايات) وهى : مالم يوضع له واحتمله وغيره(ولا يقع بها الطلاق إلا بنية أو دلالة حال) من مذاكرة الطلاق ، أو وجود الغضب لأنها غير موضوعة للطلاق، بل تحتمله وغيره، فلابد من التعيين أو دلالته ، لأن الطلاق لا يقع بالاحتمال (وهى): أى ألفاظ الكنايات (على ضربين: منها ثلاثة ألفاظ يقع بها الطلاق الرجعى) إذا نوى الطلاق (ولا يقع بها إلا طلقة واحدة، وهى : قوله اعتدى) لاحتمال أنه أراد اعتدّى نعم الله تعالى ،أو نعمى عليك ، أو اعتدى من النكاح فإذا نوى الاعتداد من النكاح زال الإبهام ووجب بها الطلاق اقتضاء ، كأنه قال : طلقتك ، أو أنت طالق فاعتدى (و) كذا (استبرئى رحمك) ، فإنه

وَأَنْتِ وَاحِدَةٌ ، وَبَقِيَّةُ الْكِنَايَاتِ إِذَا نَوَى بِهَا الطَّلَاقَ كَانَتْ وَاحِدَةً بَائِنَةً ، وَإِنْ نَوَى بِهَا ثَلَاثًا كَانَتْ ثَلَاثًا ، وَإِنْ نَوَى اثْنَتَيْنِ كَانَتْ وَاحِدَةً ، وَهَذَا

يستعمل بمعنى الاعتداد؛ لأنه تصريح بما هو المقصود بالعِدّة، فكان بمنزلته ، ويحتمل الاستبراء ليطلقها حال فراغ رحمها. أي تعرف رحمك لأطلقك (وأنت واحدة) لاحتمال أنه أراد أنت واحدة عند قومك أو منفردة عندي ليس لي معك غيرك أو نعتاً لمصدر محذوف: أي أنت طالق تطليقة واحدة ، فإذا نواه جعل كأنه قاله، قال في الهداية : ولما احتملت هذه الألفاظ الطلاق وغيره تحتاج فيه إلى النية ، ولا يقع إلا واحدة لأن قوله « أنت طالق » فيها مقتضى أو مضمر ولو كان مظهراً لا يقع به إلا واحدة فإذا كان مضمراً أولى، ثم قال: ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ ، وهو الصحيح لأن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب اهـ، وقوله « فيها مقتضى أو مضمر » يعني أن ثبوت الطلاق بهذه الألفاظ إما بطريق الاقتضاء كما في « اعتدي واستبرئي رحمك » لأن الطلاق ثبت شرعاً لا لغة، وإما بطريق الإضمار كما في قوله « أنت واحدة » ؛ لأنه لما زال الإبهام بنية الطلاق ثبت الطلاق لغة على أنه مضمر فيه بحذف الموصوف وإقامة الصفة مقامه ، وهذا سائغ في كلامهم، وقوله « ولا معتبر بإعراب الواحدة ــ إلخ » احتراز عما قيل إن رفع واحدة لا يقع به شيء، لأنه صفة المرأة ، وإن نصبها وقعت واحدة لأنها صفة المصدر، وإن سكن اعتبرت نيته كما في غاية البيان ، وتمامه فيها (وبقية الكنايات) أي ما سوى الألفاظ الثلاثة المذكورة (إذا نوى بها الطلاق كانت) طلقة (واحدة بائنة) لأنها ليست كناية عن مجرد الطلاق، بل عن الطلاق على وجه البينونة؛ لأنها عوامل في حقائقها، واشتراط النية لتعيين أحد نوعي البينونة دون الطلاق (وإن نوى) طلاقاً (ثلاثاً كانت ثلاثاً)؛ لأن البينونة نوعان: مغلظة وهي الثلاث، ومخففة وهي الواحدة، فأيهما نوى وقعت لاحتمال اللفظ (وإن نوى اثنتين كانت) طلقة (واحدة) لأن الثنتين عدد محض ، ولا دلالة للفظ عليه ؛ فيثبت أدنى البينونتين وهي الواحدة (وهذا

مِثْلُ قَوْلِهِ : أَنْتِ بَائِنٌ ، وَبَتَّةٌ ، وَبَتْلَةٌ ، وَحَرَامٌ ، وَحَبْلُكِ عَلَى غَارِبِكِ ، وَالْحَقِي بِأَهْلِكِ ، وَخَلِيَّةٌ ، وَبَرِيَّةٌ ، وَوَهَبْتُكِ لِأَهْلِكِ، وَسَرَّحْتُكِ ، وَفَارَقْتُكِ ، وَأَنْتِ حُرَّةٌ ، وَتَقَنَّعِي ، وَتَخَمَّرِي ، وَاسْتَتِرِي ، وَاعْزُبِي ، وَاغْرُبِي ، وَابْتَغِي الأَزْوَاجَ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ لَمْ يَقَعْ بِهَذِهِ الأَلْفَاظِ طَلَاقٌ ، إِلا أَنْ يَكُونَا فِي مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ ، فَيَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ فِي الْقَضَاءِ ، وَلَا يَقَعُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى إِلا أَنْ يَنْوِيَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُونَا فِي مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ وَكَانَا فِي غَضَبٍ أَوْ خُصُومَةٍ وَقَعَ الطَّلَاقُ بِكُلِّ لَفْظٍ لَا يُقْصَدُ بِهِ السَّبُّ وَالشَّتِيمَةُ ، وَلَمْ يَقَعْ بِمَا يُقْصَدُ بِهِ السَّبُّ وَالشَّتِيمَةَ إِلا أَنْ يَنْوِيَهُ ،

مثل قوله) لامرأته : (أنت بائن) أ (وبتة) أ (وبتلة) أ (وحرام) أ (وحبلك على غاربك) أ (والحقي) بالوصل والقطع (بأهلك) أ (وخلية) أ (وبرية) أ (ووهبتك لأهلك) أ (وسرحتك) أ (وفارقتك) أ (وأنت حرة) أ (وتقنعي) أ (وتخمري) أ (واستتري) أ (واغربي) بمعجمة فمهملة ، من الغربة وهي البعد ، أ (واعزبي) بمهملة فمعجمة ، من العزوبة وهي عدم الزواج ، أو اخرجي ، أو اذهبي ، أو قومي ، أ (وابتغي الأزواج) أو نحو ذلك (فإن لم تكن له نية لم يقع بهذه الألفاظ طلاق) ؛ لأنها تحتمله وغيره ، والطلاق لا يقع بالاحتمال (إلا أن يكونا) : أي الزوجان (في مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق) أي ببعضها ، وهو : كل لفظ لا يصلح رداً لقولها وهذا (في القضاء) ؛ لأن الظاهر أن مراده الطلاق ، والقاضي إنما يقضي بالظاهر (ولا يقع) فيما يصلح ردا لقولها ، لاحتمال إرادة الرد وهو الأدنى فيحمل عليه ، ولا (فيما بينه وبين الله تعالى) في الجميع (إلا أن ينويه) ؛ لأنه يحتمل غيره (وإن لم يكونا في مذاكرة الطلاق ، و) لكن (كانا في غضب أو خصومة وقع الطلاق) قضاء أيضا (بكل لفظ لا يقصد به السب والشتيمة) ، لأن الغضب يدل على إرادة الطلاق (ولم يقع بما يقصد به السب والشتيمة إلا أن ينويه) ، لأن الحال يدل على إرادة السب والشتيمة ، وبيان ذلك أن الأحوال ثلاثة : حالة مطلقة وهي حالة الرضا ، وحالة مذاكرة

وَإذا وَصَفَ الطَّلاَقَ بِضَرْبٍ مِنَ الزِّيادَةِ وَالشِّدَّةِ كانَ بائِناً ، مِثْلُ أنْ يَقُولَ : أنْتِ طالِقٌ بائِنٌ ، أوْ طالِقٌ أشَدَّ الطَّلاَقِ ، أوْ أفْحَشَ الطَّلاَقِ ، أوْ طَلاَقَ الشَّيْطانِ والبِدْعَةِ ، وَكالجَبَلِ ، وَمِلْءَ البَيْتِ .

وَإذا أضافَ الطَّلاَقَ إلى جُمْلَتِها أوْ إلى ما يُعَبَّرُ بِهِ عَنِ الجُمْلَةِ وَقَعَ الطَّلاَقُ

الطلاق، وحالة الغضب، والكنايات ثلاثة أقسام: قسم منها يصلح جوابا ولا يصلح رداً ولا شتما ، وهي ثلاثة ألفاظ: أمرك بيدك، اختاري، اعتدّي، ومرادفها، وقسم يصلح جوابا وشتما ولا يصلح رداً ، وهي خمسة ألفاظ : خلية، برية ، بتة ، بائن ، حرام ، ومرادفها، وقسم يصلح جوابا ورداً ولا يصلح سباً وشتما ؛ وهي خمسة أيضا : اخرجي، اذهبي، اغربي ، قومي ، تقنّعي، ومرادفها ، ففي حالة الرِّضا لا يقع الطلاق بشيء منها إلا بالنية ، والقول قوله في عدم النية، وفي حالة مذاكرة الطلاق يقع بكل لفظ لا يصلح للرد وهو القسم الأول والثاني، وفي حالة الغضب لا يقع بكل لفظ يصلح للسب والرد وهو القسم الثاني والثالث ، ويقع بكل لفظ لا يصلح لهما بل للجواب فقط وهو القسم الأول . كما في الإيضاح .

(وإذا وصف الطلاق بضرب من الزيادة والشدة كان) الطلاق (بائناً) ، لأن الطلاق يقع بمجرد اللفظ، فإذا وصفه بزيادة وشدة أفاد معنى ليس في لفظه، وذلك (مثل أن يقول: أنت طالق بائن؛ أو طالق أشد الطلاق) أ(و أفحش الطلاق) أو أشره أو أخبثه أ (و طلاق الشيطان) أ (و البدعة) أ (و كالجبل) أ (و ملء البيت) أو عريضة، أو طويلة، لأن الطلاق إنما يوصف بهذه الصفة باعتبار أثره، وهي البينونة في الحال ، فتقع واحدة بائنة إذا لم يكن له نية، أو نوى ثنتين في غير الأمة ، أما إذا نوى الثلاث فثلاث، لما مر من قبل، ولو عنى بقوله «أنت طالق» واحدة ، وبقوله «بائن» أو «البتة» أخرى يقع تطليقتان بائنتان ، لأن هذا الوصف يصلح لابتداء الإيقاع، هداية

(وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها أو إلى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق) ·

مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : أَنْتِ طَالِقٌ ، أَوْ رَقَبَتُكِ طَالِقٌ ، أَوْ عُنُقُكِ طَالِقٌ ، أَوْ رُوحُكِ طَالِقٌ ، أَوْ بَدَنُكِ ، أَوْ جَسَدُكِ ، أَوْ فَرْجُكِ ، أَوْ وَجْهُكِ .

وَكَذَلِكَ إِنْ طَلَّقَ جُزْءًا شَائِعًا مِنْهَا ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : نِصْفُكِ ، أَوْ ثُلُثُكِ

وَإِنْ قَالَ : يَدُكِ ـ أَوْ رِجْلُكِ ـ طَالِقٌ ؛ لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ .

وإِنْ طَلَّقَهَا نِصْفَ تَطْلِيقَةٍ أَوْ ثُلُثَ تَطْلِيقَةٍ كَانَتْ طَلْقَةً وَاحِدَةً .

وطَلَاقُ الْمُكْرَهِ وَالسَّكْرَانِ واقِعٌ ،

وذلك (مثل أن يقول) لها : (أنت طالق ، أو رقبتك طالق ، أو عنقك طالق ، أو روحك طالق، أو جسدك ، أو بدنك ، أو فرجك، أو وجهك) أو رأسك، لأن هذه الأشياء يعبر بها عن الجملة ؛ فكان بمنزلة قوله أنت طالق (وكذلك إن طلق جزءا شائعاً) منها ، وذلك (مثل أن يقول) لها : (نصفك أو ثلثك طالق)، لأن الجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره، فكذا يكون محلا للطلاق، إلا أنه لا يتجزأ في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة (وإن قال : يدك أو رجلك طالق لم يقع الطلاق)، لإضافته إلى غير محله ؛ فيلغو كما إذا أضافه إلى ريقها أو إلى ظفرها ، واختلفوا في البطن والظهر ، والأظهر أنه لا يعبر بهما عن جميع البدن ، هداية .

(وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلث تطليقة كانت طلقة واحدة) ، لأن الطلاق لا يتجزأ ، وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر الكل .

* * *

(وطلاق المكره والسكران واقع) قال في الينابيع : يريد بالسكران الذي سكر بالخمر أو بالنبيذ، أما إذا سكر بالبنج أو من الدواء لا يقع طلاقه بالإجماع ، قال في الجوهرة : وفي هذا الزمان إذا سكر بالبنج يقع طلاقه زَجْراً عليه ، وعليه الفتوى ، ثم الطلاق بالسكر من الخمر واقع سواء شربها طوعاً أو كرهاً أو مضطرا ، قاله الزاهدي ، كذا في التصحيح

وَيَقَعُ طَلاَقُ الأَخْرَسِ بِالإِشَارَةِ .

وإذا أضافَ الطَّلاَقَ إِلَى النِّكَاحِ وَقَعَ عَقِيبَ النِّكَاحِ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : إِنْ تَزَوَّجْتُكِ فأَنْتَ طَالِقٌ ، أَوْ كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا فَهِيَ طَالِقٌ ، وَإِنْ أَضَافَهُ إِلَى شَرْطٍ وَقَعَ عَقِيبَ الشَّرْطِ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ لِامْرَأَتِهِ : إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فأنْتِ طَالِقٌ

وَلاَ يَصِحُّ إِضافَةُ الطلاَقِ إلا أَنْ يَكُونَ الحَالِفُ مَالِكاً أَوْ يُضِيفَهُ إِلَى مِلْكٍ

وَإِنْ قَالَ لأَجْنَبِيةٍ « إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فأَنْتِ طَالِقٌ » ثُمَّ تَزَوَّجَها فَدَخَلَتِ الدَّارِ لَمْ تَطْلُق .

(و يقع طلاق الأخرس بالإشارة) المعهودة له ، لأنها قائمة مقام عبارته دفعاً للحاجة ، (وإذا أضاف الطلاق إلى النكاح وقع) الطلاق (عقيب النكاح) وذلك (مثل أن يقول) لأجنبية : (إن تزوجتك فأنت طالق ، أ و) يقول : (كل امرأة أتزوجها فهي طالق) فإذا تزوجها طلقت ، ووجب لها نصف المهر ، فإن دخل بها وجب لها مهر مثلها ، ولا يجب الحد ، لوجود الشبهة ، ثم إذا تزوجها لا تطلق ثانياً لأن « إن » لا توجب التكرار ، وأما « كل » فإنها توجب تكرار الأفراد دون الأفعال ، حتى لو تزوج امرأة أخرى تطلق (و إذا أضافه) أى الطلاق (إلى) وجود (شرط وقع عقيب) وجود (الشرط) وذلك (مثل أن يقول لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق) ، وهذا بالاتفاق ، لأن الملك قائم فى الحال ، والظاهر بقاؤه إلى وقت الشرط ، ويصير عند وجود الشرط كالمتكلم بالطلاق فى ذلك الوقت.

(ولا يصح إضافة الطلاق) أى تعليقه (إلا أن يكون الحالف مالكا) للطلاق حين الحلف ، كقوله لمنكوحته : إن دخلت الدار فأنت طالق (أو يضيفه إلى ملك) ، كقوله الأجنبية : إن نكحتك فأنت طالق (وإن) لم يكن مالكا للطلاق حين الحلف ولم يضفه إلى ملك بأن (قال لأجنبية : إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق) ؛ لعدم الملك حين الحلف والإضافة إليه ، ولا بد من واحد منهما .

وألفاظُ الشرْطِ : إنْ ، وَإذا ، وَإذْ مَا ، وكلّ ، وكُلّمَا ، ومَتَى ، ومَتَى مَا ، فَفِى كلّ هَذِهِ الشُّرُوطِ إذا وُجِدَ الشرْطُ انحَلّتِ اليَمِينُ ، إلاّ فِي كلّما فإنّ الطّلَاقَ يَتَكَرّرُ بِتَكْرَارِ الشّرْطِ حَتّى يَقَعَ ثَلَاثُ تَطْلِيقَاتٍ ، فإنْ تَزَوّجَهَا بَعْدَ ذلِكَ وتَكَرّرَ الشّرْطُ لَمْ يَقَعْ شَىْءٌ، وزَوَالُ المِلْكِ بَعْدَ اليَمِينِ لا يُبْطِلُها . فإنْ وُجِدَ فِي مِلْكِهِ انحَلّتِ اليَمِينُ وَوَقَعَ الطّلاقُ . وَإنْ وُجِدَ فى غَيْرِ مِلْكِهِ انحَلّتِ اليَمِينُ وَلَمْ يَقَعْ شَىْءٌ، وَإذا اخْتَلَفَا فِي وُجُودِ الشّرْطِ فَالقَوْلُ قَوْلُ الزّوجِ فيهِ ، إلاّ أنْ تُقِيمَ

(وألفاظ الشرط : إن) بكسر الهمزة (وإذا، وإذ ما ، وكل) وهذا ليس بشرط حقيقة ، لأن مايليها اسم ، والشرط مايتعلق به الجزاء، والأجزية تتعلق بالأفعال، لكنه ألحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذى يليها ، كقولك: كل امرأة أتزوجها فكذا، درر (وكلما ،ومتى،ومتى ما) ونحو ذلك ، كلو ، نحو :أنت كذا لو دخلت الدار (ففى كل هذه الشروط إذا وجد الشرط انحلت اليمين) ،لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار، فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ،ولا بقاء لليمين بدونه (إلا فى كلما فإن الطلاق يتكرر بتكرار الشرط) لأنها تقتضى تعميم الأفعال ، ومن ضرورة التعميم التكرار (حتى يقع ثلاث تطليقات)، وينتهى الحلّ بزوال المحلية (فإن تزوجها بعد ذلك وتكرر الشرط لم يقع شىء) ، لأن باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات فى هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به و بالشرط ، وفيه خلاف زفر . هداية (وزوال الملك) بطلقة أو اثنتين (بعد اليمين لا يبطلها) : أى لا يبطل اليمين، لأنه لا يوجد الشرط فبقى، والجزاء باق لبقاء محله ، فبقى اليمين . قيدنا زوال الملك بالطلقة أو الثنتين لأنه إذا زال بثلاث طلقات فإنه يبطل اليمين، لزوال المحلية (فإن وجد الشرط فى ملكه انحلت اليمين) لوجود الشرط (ووقع الطلاق) لوجود المحلية (و إن وجد) الشرط (فى غير ملكه انحلت اليمين) أيضاً، لوجود الشرط (ولم يقع شىء) لعدم المحلية (و إذا اختلفا) : أى الزوجان (فى وجود الشرط) وعدمه (فالقول قول الزوج فيه) لتمسكه بالأصل، وهو عدم الشرط (إلا أن تقيم)

الْبَيِّنَةَ . فإِنْ كَانَ الشَّرْطُ لا يُعْلَمُ إِلاَّ مِنْ جِهَتِهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي حَقِّ نَفْسِهَا مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : إِنْ حِضْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ، فَقَالَتْ : قَدْ حِضْتُ ، طَلُقَتْ . وَ إِذَا قَالَ : إِذَا حِضْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَفُلَانَةَ ، فقالَتْ : قَدْ حِضْتُ ، طَلُقَتْ هِيَ ولمْ تُطَلَّقْ فُلَانَةُ ، وَ إِذا قَالَ لَهَا : إِذا حِضْتِ فأَنتِ طَالِقٌ ، فَرَأَتِ الدَّمَ لَمْ يَقَعِ الطَّلاقُ حَتَّى يَسْتَمِرَّ ثَلاثَةَ أَيَّام ، فإِذا تَمَّتْ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ حَكَمْنَا بِوُقُوعِ الطَّلاقِ مِنْ حِينِ حَاضَتْ ، وَ إِذا قَالَ لَهَا : إِذا حِضْتِ حَيْضَةً فأنْتِ طَالِقٌ ، لَمْ تُطَلَّقْ حَتَّى تَطْهُرَ مِنْ حَيْضِهَا .

وَطَلَاقُ الأَمَةِ تَطْلِيقَتَانِ ، حُرًّا كَانَ زَوْجُها أَوْ عَبْدًا ، وَ طَلَاقُ الْحُرَّةِ ثَلَاثٌ ، حُرًّا كَانَ زَوْجُها أَوْ عَبْدًا .

المرأة (البينة) لأنها مدعية (فإن كان الشرط) لا يطلع عليه غيرها و(لا يعلم إلا من جهتها فالقول) فيه (قولها) لكن (في حق نفسها) فقط، وذلك (مثل أن يقول لها : (إن حضت فأنت طالق ،فقالت : قد حضت: طلقت)استحسانا ، لأنها أمينة في حق نفسها حيث لا يوقف عليه إلا من جهتها كما في انقضاء العدة(و إذاقال) لها (إن حضت فأنت طالق وفلانة، فقالت: قد حضت، طلقت هي)فقط(ولم تطلق فلانة) لأنها في حق الغير كالمدعية ، فصارت كأحد الورثة إذا أقر بدين على الميت قبل قوله في حصته ولم يقبل في حق بقية الورثة(و إذا قال لها) أي لزوجته :(إن حضت فأنت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق) عليها حالا ، بل (حتى يستمر ثلاثة أيام) ، لاحتمال انقطاعه دونها فلا يكون حيضاً (فإذا تمت لها ثلاثة أيام حكمنا بوقوع الطلاق من حين حاضت) لأنه بالامتداد عرف أنه من الرحم فكان حيضاً من الابتداء(و إذا قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها) ؛ لأن الحيضة بالهاء هي الكاملة منها، ولهذا حمل عليه حديث الاستبراء، وكمالها بانتهائها، وذلك بالطهر، هداية

(وطلاق الأمة تطليقتان، حرا كان زوجها أو عبداً، وطلاق الحرة ثلاث، حرا كان زوجها أو عبداً) والأصل في هذا أن الطلاق والعدة عندنا معتبران بالنساء، لأن حل المحلية نعمة في حقها ، والرق أثر في تنصيف النعم، إلا أن العقدة لا تتجزأ فتكاملت عقدتين.

وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا ثَلَاثًا وَقَعْنَ عَلَيْهَا ، فَإِنْ فَرَّقَ الطَّلَاقَ بَانَتْ بِالأُولَى وَلَمْ تَقَعِ الثَّانِيَةُ ، وَإِذَا قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً وَقَعَتْ عَلَيْهَا وَاحِدَةٌ . وَإِنْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلَ وَاحِدَةٍ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ ، وَإِنْ قَالَ لَهَا وَاحِدَةً قَبْلَهَا وَاحِدَةٌ وَقَعَتْ ثِنْتَانِ . وَإِنْ قَالَ وَاحِدَةً بَعْدَهَا وَاحِدَةٌ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ ، وَإِنْ قَالَ وَاحِدَةً بَعْدَ وَاحِدَةٍ أَوْ مَعَ وَاحِدَةٍ أَوْ مَعَهَا وَاحِدَةٌ وَقَعَتْ ثِنْتَانِ

(و إذا طلق الرجل امرأته قبل الدخول بها) والخلوة (ثلاثا) جملة (وقعن عليها)؛ لأن الواقع مصدر محذوف ، لأن معناه طلاقا ثلاثا على ما بيناه، فلم يكن قوله أنت طالق إيقاعا على حدة فيقعن جملة ،هداية (فإن فرق الطلاق) كأن يقول لها : أنت طالق طالق طالق (بانت بالأولى لم تقع الثانية) ، لأن كل واحدة إيقاع على حدة، وليس عليها عدة ،فإذا بانت بالأولى صادفها الثانى وهى أجنبية (وإن قال لها أنت طالق واحدة وواحدة وقعت عليها) طلقة (واحدة) لما ذكرنا أنها بانت بالأولى ،فلم تقع الثانية (و إن قال لها أنت طالق واحدة قبل واحدة وقعت) عليها (واحدة) والأصل فى ذلك أن الملفوظ به أولا إن كان موقعا أولا وقعت واحدة، و إن كان الملفوظ به أولا موقعا آخرا وقعت ثنتان، لأن الإيقاع فى الماضى إيقاع فى الحال ،لأن الإسناد ليس فى وسعه فيقترنان فإذا ثبت هذا فقوله : «أنت طالق واحدة قبل واحدة » الملفوظ به أولا موقع أولا ،فتقع الأولى لا غير، لأنه أوقع واحدة وأخبر أنها قبل أخرى ستقع، وقد بانت بهذه، فلغت الثانية (و) كذا (إن قال لها واحدة بعدها واحدة وقعت واحدة) أيضا ،لأن الملفوظ به أولا موقع أولا فتقع الأولى لا غير ،لأنه أوقع واحدة، وأخبر أن بعدها أخرى ستقع (و إن قال لها): أنت طالق (واحدة قبلها واحدة وقعت ثنتان)لأن الملفوظ به أولا موقع آخرا ، لأنه أوقع واحدة وأخبر أن قبلها واحدة سابقة؛ فوقعتا معا، لما تقدم أن الإيقاع فى الماضى إيقاع فى الحال (و) كذا (إن قال واحدة بعد واحدة ، أو مع واحدة، أو معها واحدة ــ وقعت ثنتان) أيضا، لأنه فى الأولى أوقع واحدة وأخبر أنها بعد واحدة

وَإِذَا قال لَهَا : إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً، فَدَخَلَتِ الدَّارَ وَقَعَتْ عَلَيْهَا وَاحِدَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ . وَإِذَا قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ بِمَكَّةَ فَهِيَ طَالِقٌ فِي كُلِّ الْبِلَادِ . وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ أَنتِ طَالِقٌ فِي الدَّارِ ، وَإِنْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا دَخَلْتِ مَكَّةَ لَمْ تَطْلُق حَتَّى تَدْخُلَ مَكَّةَ ، وَإِنْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ غَدًا وَقَعَ الطَّلَاقُ عَلَيْهَا بِطُلُوعِ الْفَجْرِ

وَإِذَا قَالَ لامْرَأَتِهِ « اخْتَارِي نَفْسَكِ » يَنْوِي بِذَلِكَ الطَّلَاقَ ، أَوْقَالَ لَهَا « طَلِّقِي نَفْسَكِ » فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا

سابقة ؤ قترنتا ، وفى الثانية والثالثة «مع» للمقارنة ،فكأنه قرن بينهما فوقعتا (و إن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة) بتقديم الشرط (فدخلت الدار وقعت عليها واحدة عند أبى حنيفة) وعندهما ثنتان، و إن أخر الشرط يقع ثنتان اتفاقا؛لأن الشرط إذا تأخر يغير صدر الكلام فيتوقف عليه فيقعن جملة،ولا مغير فيما إذا تقدم الشرط فلم يتوقف ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخى،وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالاتفاق،لأن الفاء للتعقيب، وهو الأصح،هداية(وإذا قال لها أنت طالق بمكة) أو فى مكة (فهى طالق) فى الحال (فى كل البلاد ،) كذلك (إذا قال أنت طالق فى الدار) ؛ لأن الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان،و إن عنى به إذا أتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء؛لأنه نوى الإضمار، وهو خلاف الظاهر،هداية(و إن قال أنت طالق إذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة)؛ لأنه علقه بالدخول،ولو قال «فى دخولك الدار» يتعلق بالفعل ؛للمقاربة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرف .هداية (و إن قال لها أنت طالق غدا وقع الطلاق عليها بطلوع الفجر)؛لأنه وصفها بالطلاق فى جميع الغد، وذلك بوقوعه فى أول جزء منه ،ولو نوى آخر النهار صدق ديانة لا قضاء؛لأنه نوى التخصيص فى العموم، وهو يحتمله مخالفا للظاهر .هداية

(و إن قال لامرأته اختارى نفسك ينوى بذلك الطلاق) قيد بنية الطلاق لأنه من الكنايات ؛فلا يعمل إلا بالنية (أو قال لها طلقى نفسك ؛ فلها أن تطلق نفسها

مَا دَامَتْ فِي مَجْلِسِهَا ذَلِكَ ، فَإِنْ قَامَتْ مِنْهُ أَوْ أَخَذَتْ فِي عَمَلٍ آخَرَ خَرَجَ الأَمْرُ مِنْ يَدِهَا ، وَإِنِ اخْتَارَتْ نَفْسَهَا فِي قَوْلِهِ « اخْتَارِي » كَانَتْ وَاحِدَةً بَائِنَةً وَلاَ يَكُونُ ثَلاَثاً وَإِنْ نَوَى الزَّوْجُ ذَلِكَ ، وَلاَ بُدَّ مِنْ ذِكْرِ النَّفْسِ فِي كَلاَمِهِ أَوْ فِي كَلاَمِهَا ، وَإِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا فِي قَوْلِهِ « طَلِّقِي نَفْسَكِ » فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ، وَإِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلاَثاً وَقَدْ أَرَادَ الزَّوْجُ ذَلِكَ وَقَعْنَ عَلَيْهَا ، وَإِنْ قَالَ لَهَا « طَلِّقِي نَفْسَكِ مَتَى شِئْتِ » فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا فِي الْمَجْلِسِ وَبَعْدَهُ

ما دامت فى مجلسها ذلك) ولا اعتبار بمجلس الرجل ، حتى لو قام عن مجلسه وهى فى مجلسها كانت على خيارها (فإن قامت منه) : أى المجلس (أو أخذت فى عمل آخر خرج الأمر من يدها) ؛ لأن المخيرة لها المجلس بإجماع الصحابة ، ولأنه تمليك الفعل منها ، والتمليكات تقتضى جوابا فى المجلس كما فى البيع ، لأن ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة إلا أن المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه ، ومرة بالاشتغال بعمل آخر ؛ إذ مجلس الأكل غير مجلس المناظرة ، ومجلس القتال غيرها . هداية (وإن اختارت نفسها فى قوله « اختارى » كانت) طلقة (واحدة بائنة) لأن اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها ، وذلك بالبائن ؛ إذ بالرجعىّ يتمكن الزوج من رجعتها بدون رضاها (ولا يكون ثلاثا وإن نوى الزوج ذلك) لأن الاختيار لا يتنوع لأنه ينبىء عن الخلوص وهو غير متنوع إلى الغلظة والخفّة ، بخلاف البينونة (ولا بد من ذكر النفس فى كلامه أو فى كلامها) فلو قال لها « اختارى » فقالت « اخترت » كان لغواً ، لأن قولها « اخترت » من غير ذكر النفس فى أحد كلاميهما يحتمل لاختيار نفسها أو زوجها ؛ فلا تطلق بالشك (وإن طلقت نفسها فى قوله « طلقى نفسك » فهى) طلقة (واحدة رجعية) لأنه صريح (وإن طلقت نفسها ثلاثاً) جملة أو متفرقاً (وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها) ، لأن الأمر يحتمل العدد وإن لم يقتضه ، فإذا نواه صحت نيته (وإن قال لها « طلقى نفسك متى شئت » فلها أن تطلق نفسها فى المجلس وبعده) لأن كلمة « متى » لعموم الأوقات ، ولها المشيئة مرة واحدة

وَإِذَا قَالَ لِرَجُلٍ « طَلِّق امْرَأَتِى » فَلَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِى الْمَجْلِس وَبَعْدَهُ ، وَإِنْ قَالَ « طَلِّقْهَا إِنْ شِئْتَ » فَلَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِى الْمَجْلِس خَاصَّةً ، وَإِنْ قَالَ لَهَا « إِنْ كُنتِ تُحِبِّينِى أَوْ تُبْغِضِينِى فَأَنتِ طَالِقٌ » فَقَالَتْ : أَنَا أُحِبُّكَ أَوْ أُبْغِضُكَ وَقَعَ الطَّلَاقُ وَإِنْ كَانَ فِى قَلْبِهَا خِلَافُ مَا أَظْهَرَتْ ،

وَإِذا طلقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فى مَرَضِ مَوْتِهِ طَلَاقاً بَائِناً فَمَاتَ وَهِىَ فِى الْعِدَّةِ وَرِثَتْ مِنْهُ ، وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ انْقِضَاء عِدَّتِهَا فَلاَ مِيراثَ لَهَا .

لأنها لا تقتضى التكرار، فإذا شاءت مرة وقع الطلاق ، ولم يبق لها مشيئة ، فلو راجعها فشاءت بعد ذلك كان لغواً ، ولو قال « كلما شئت » كان لها ذلك أبداً حتى تكمل الثلاث ؛ لأن « كلما » تقتضى التكرار ، فكلما شاءت وقع عليها الطلاق حتى تكمل الثلاث، فإن عادت إليه بعد زوج آخر سقطت مشيئتها لزوال المحلية، وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثاً بكلمة واحدة لأنها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع، وإن قال لها « إن شئت » فذلك مقصور على المجلس، وتمامه فى الجوهرة (و إن قال لرجل طلق امرأتى فله) : أى للرجل المخاطب (أن يطلقها فى المجلس و بعده) ؛ لأنها وكالة ، وهى لا تتقيد بالمجلس (و إن قال)له : طلقها(إن شئت ،فله أن يطلقها فى المجلس خاصة) لأن التعليق بالمشيئة تمليك لا توكيل (و إن قال لها) أى لزوجته (إن كنت تحبينى أو) قال لها : إن كنت (تبغضينى فأنت طالق ، فقالت) له : (أنا أحبك أو أبغضك وقع الطلاق) عليها (و إن كان فى قلبها خلاف ما أظهرت) ، لأنه لما تعذَّرَ الوقوف على الحقيقة جعل السبب الظاهر ــ وهو الإخبار ــ دليلا عليه .

(و إذا طلق الرجل امرأته فى مرض موته) وهو الذى يعجز به عن إقامة مصالحه خارج البيت، هو الأصح درر (طلاقاً بائناً)من غير سؤال منها ولا رضاها (فمات) فيه (وهى فى العدة ورثت منه ، و إن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها) ، لأنه لم يبق بينهما علاقة وصارت كالأجانب. قيد بالبائن لأن الرجعى لا يقطع الميراث فى العدة

وَإِذَا قَالَ الزَّوْجُ لامْرَأَتِهِ «أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ اللهُ» مُتَّصِلاً لَمْ يَقَعِ الطَّلاَقُ عَلَيْهَا

وَإِنْ قَالَ لَهَا «أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً إِلاَّ وَاحِدَةً» طَلُقَتِ اثْنَتَيْنِ، وَإِنْ قَالَ «ثَلاَثاً إِلاَّ اثْنَتَيْنِ» طُلِّقَتْ وَاحِدَةً.

وَإِذَا مَلَكَ الزَّوْجُ امْرَأَتَهُ أَوْ شِقْصاً مِنْهَا أَوْ مَلَكَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا أَوْ شِقْصاً مِنْهُ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا.

كتاب الرجعة

لأنه لا يزيل النكاح. وقيدنا بعدم السؤال والرضا لأنه إذا سألته ذلك وخالعها أو قال لها «اختاري» فاختارت نفسها لم ترث، لأنها رضيت بإبطال حقها. وقيدنا بالموت فيه لأنه لو صح منه ثم مرض ومات في العدة لم ترث، ومثل المريض مَنْ قُدِّم ليقتل، ومن انكسرت به السفينة وبقي على لوح، ومن افترسه السبع وصار في فمه، ونحو ذلك.

(وإذا قال الزوج لامرأته «أنت طالق إن شاء الله» متصلا لم يقع الطلاق عليها) لأن التعليق بشرط لا يُعلَم وجوده مغير لصَدْرِ الكلام، ولهذا اشترط اتصاله.

(وإن قال لها «أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة» طلقت اثنتين، وإن قال «ثلاثاً إلا اثنتين» طلقت واحدة) والأصل أن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا، فشرط صحته أن يبقى وراء المستثنى شيء ليصير متكلما به، حتى لو قال «أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا» تطلق ثلاثا، لأنه استثنى جميع ما تكلم به، فلم يبق بعد الاستثناء شيء ليتكلم به.

(وإذا ملك الزوج امرأته أو شقصاً): أي جزءاً (منها أو ملكت المرأة زوجها أو شقصاً منه وقعت الفرقة بينهما) بغير طلاق، للمنافاة بين ملك النكاح وملك الرقبة، إلا أن يشتري المأذون أو المدبر أو المكاتب زوجته، لأن لهم حقا لا ملكا تاما. جوهرة.

كتاب الرجعة

بالفتح والكسر، وهي عبارة عن استدامة الملك القائم في العدة بنحو «راجعتك»

إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ تَطْلِيقَةً رَجْعِيَّةً أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ فَلَهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا فِي عِدَّتِهَا ، رَضِيَتْ بِذَلِكَ أَوْ لَمْ تَرْضَ .

وَالرَّجْعَةُ أَنْ يَقُولَ : رَاجَعْتُكِ ، أَوْ رَاجَعْتُ امْرَأَتِي ، أَوْ يَطَأَهَا ، أَوْ يُقَبِّلَهَا ، أَوْ يَلْمَسَهَا بِشَهْوَةٍ ، أَوْ يَنْظُرَ إِلَى فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ .

وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهِدَ عَلَى الرَّجْعَةِ شَاهِدَيْنِ ، فَإِنْ لَمْ يُشْهِدْ صَحَّتِ الرَّجْعَةُ

وبما يوجب حرمة المصاهرة ، كما أشار إلى ذلك بقوله : (إذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية) وهى الطلاق بصريح الطلاق بعد الدخول من غير مقابلة عوض قبل استيفاء عدد طلاقها (أو طلقتين) رجعيتين (فله أن يراجعها فى عدتها) أى عدة امرأته المدخول بها حقيقة ، إذ لا رجعة فى عدة الخلوة ، ابن كمال . وفى البزازية : ادعى الوطء بعد الدخول وأنكرت فله الرجعة ، لا فى عكسه (رضيت بذلك أو لم ترض) ؛ لأنها باقية على الزوجية ، بدليل جواز الظهار عليها والإيلاء واللعان والتوارث والطلاق مادامت فى العدة بالإجماع ، وقد دل على ذلك قوله تعالى : « وبعولتهن أحق بردهن» سماه بعلا وهذا يقتضى بقاء الزوجية بينهما . جوهرة

(والرجعة) إما أن تكون بالقول مثل (أن يقول: راجعتك) إذا كانت حاضرة ، أورددتك ، أو أمسكتك (أو راجعت امرأتى) إذا كانت غائبة ، ولا يحتاج فى ذلك إلى نية ؛ لأنه صريح (أو) بالفعل ؛ مثل أن (يطأها ، أو يقبلها ، أو يلمسها بشهوة ، أو ينظر إلى فرجها) الداخل (بشهوة) وكذا بكل ما يوجب حرمة المصاهرة ؛ إلا أنه يكره ذلك ، و يستحب أن يراجعها بعده بالقول .

(ويستحب) له (أن يشهد على الرجعة شاهدين ، فإن لم يشهد صحت الرجعة) لما مر أنها استدامة للنكاح القائم ، والشهادة ليست شرطاً فيه حالة البقاء ، كما فى الفىء فى الإيلاء ، إلا أنها تستحب لزيادة الاحتياط ؛ كيلا يجرى التناكر فيها ويستحب له أن يعلمها كيلا تقع فى المعصية . هداية .

وَإِذَا انْقَضَتِ الْعِدَّةُ فَقالَ « قَدْ كُنْتُ رَاجَعْتُها فِي الْعِدَّةِ » فَصَدَّقَتْهُ فَهِيَ رَجْعَةٌ ، وَإِنْ كَذَّبَتْهُ فالْقَوْلُ قَوْلُها وَلاَ يَمِينَ عَلَيْها عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ

وَإِذا قالَ الزَّوْجُ « قَدْ رَاجَعْتُكِ » فَقالَتْ مُجِيبَةً لَهُ « قَدِ انْقَضَتْ عِدَّتِي » لَمْ تَصِحَّ الرَّجْعَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَإِذَا قالَ زَوْجُ الأَمَةِ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِها « قَدْ كُنْتُ رَاجَعْتُها فِي الْعِدَّةِ » فَصَدَّقَهُ الْمَوْلَى وَكَذَّبَتْهُ الأَمَةُ فَالْقَوْلُ قَوْلُها

(وإذا انقضت العدة فقال) الزوج : (قد كنت راجعتها فى العدة فصدقته فهى رجعة) بالتصادق (وإن كذبته فالقول قولها) ؛ لدعواه مالا يملك إنشاءه فى الحال ؛ فلا يصدق إلا بالبرهان (ولا يمين عليها عند أبى حنيفة) وقالا : عليها اليمين ، وهى إحدى مسائل الاستحلاف الستة ، قال فى التصحيح : قد تقدم أن الفتوى على قولهما ، قال الإمام قاضيخان فى شرح الجامع الصغير فى كتاب القضاء فى باب القضاء فى الإيمان : المنكر يستحلف فى الأشياء الستة عندهما ، فإذا نكل حُبِسَ حتى يُقِرَّ أو يحلف ، والفتوى على هذا ، قال الإمام السديدى الزوزنى : وهو المختار عندى ، وبه كنت أعمل بالرى وأصبهان . اه .

(وإذا قال الزوج قد راجعتك فقالت) الزوجة مجيبة له (قد انقضت عدتى لم تصح الرجعة عند أبى حنيفة) وقالا : تصح ، قال الإسبيجابى : والصحيح قول أبى حنيفة ، واعتمده المحبوبى والنسفى وغيرهما ؛ كذا فى التصحيح (وإذاقال زوج الأمة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها فى العدة فصدقه المولى) : أى مولى الأمة (وكذبته الأمة) ولا بينة (فالقول قولها) عند أبى حنيفة ، وقالا : القول قول المولى لأن بُضْعَها مملوك له، فقد أقر بما هو خالص حقه للزوج ، فشابه الإقرار عليها بالنكاح،وهو يقول بأن حكم الرجعة يبتنى على العدة، والقول فى العدة قولها ، فكذا فيما يبتنى عليها.هداية . قال فى التصحيح : والصحيح قول الإمام، ومشى عليه المحبوبى والنسفى وغيرهما، ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى ، وكذا عنده

وَإِذَا انْقَطَعَ الدَّمُ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ لِعَشَرَةِ أَيَّامٍ انْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ وَإِنْ لَمْ تَغْتَسِلْ ، وَإِنِ انْقَطَعَ لِأَقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ أَيَّامٍ لَمْ تَنْقَطِعِ الرَّجْعَةُ حَتَّى تَغْتَسِلَ ، أَوْ يَمْضِيَ عَلَيْهَا وَقْتُ صَلَاةٍ ، أَوْ تَتَيَمَّمَ وَتُصَلِّيَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ . وَقَالَ مُحَمَّدٌ : إِذَا تَيَمَّمَتِ انْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ ، وَإِنْ لَمْ تُصَلِّ ، وَإِنِ اغْتَسَلَتْ وَنَسِيَتْ شَيْئًا مِنْ بَدَنِهَا لَمْ يُصِبْهُ الْمَاءُ ، فَإِنْ كَانَ

فى الصحيح ، ونص عليه فى الهداية ، احترازا عما حكى فى الينابيع من أنه على الخلاف . اهـ .

(وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة) فى الحرة والحيضة الثانية فى الأمة (لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن لم تغتسل) ؛ لأن الحيض لا مزيد له على العشرة ؛ فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض بيقين ، فانقضت العدة وانقطعت الرجعة (وإن انقطع لأقل من عشرة أيام) وكانت الزوجة مسلمة (لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل) لأن عود الدم محتمل ؛ فيكون حيضا لبقاء المدة ، فلا بد أن يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال (أو) بلزوم حكم من أحكام الطاهرات : بأن (يمضى عليها وقت صلاة) فتصير دينا فى ذمتها ، وهى لا تجب إلا على الطاهرات (أو تتيمم) لعذر (وتصلى) فيه ولو نفلا (عند أبى حنيفة وأبى يوسف) وهذا استحسان . هدايه . (وقال محمد : إذا تيممت) لعذر (انقطعت الرجعة وإن لم تصل) وهذا قياس ، لأن التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الأحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته ، ولهما أنه ملوث غير مطهر وإنما اعتبر طهارة ضرورة أن لا تتضاعف الواجبات ، وهذه الضرورة تتحقق حال أداء الصلاة لا فيما قبلها من الأوقات . هداية ، قال الإمام بهاء الدين فى شرحه لهذا الكتاب : والصحيح قولهما ، واختاره المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة . اهـ . تصحيح . قيدنا بالمسلمة احترازا عن الكتابية فإنه تنقطع بمجرد الانقطاع لعدم توقع أمارة زائدة فى حقها كما فى الهداية وغيرها (وإن اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء ؛ فإن كان)

عُضْوًا فَمَا فَوْقَهُ لَمْ تَنْقَطِعِ الرَّجْعَةُ ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ عُضْوٍ انْقَطَعَتْ .

وَالْمُطَلَّقَةُ الرَّجْعِيَّةُ تَتَشَوَّفُ وَتَتَزَيَّنُ ، وَيُسْتَحَبُّ لِزَوْجِهَا أَنْ لَا يَدْخُلَ عَلَيْهَا حَتَّى يَسْتَأْذِنَهَا أَوْ يُسْمِعَهَا خَفْقَ نَعْلَيْهِ .

وَالطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ لَا يُحَرِّمُ الْوَطْءَ ، وَإِذَا كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا دُونَ الثَّلَاثِ فَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا فِي عِدَّتِهَا وَبَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ،

المنسي (عضواً) كاملا (فما فوقه لم تنقطع الرجعة ، وإن كان أقل من ذلك انقطعت) قال في الهداية : وهذا استحسان ، والقياس فيما دون العضو أن تبقى ، لأن حكم الجنابة والحيض لا يتجزأ ، ووجه الاستحسان — وهو الفرق — أن ما دون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه فقلنا : إنه تنقطع الرجعة ، ولا يحل لها التزوج ؛ أخذا بالاحتياط فيهما ، بخلاف العضو الكامل ، لأنه لا يتسارع إليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا . اه .

(والمطلقة) الطلاقَ (الرجعية) يستحب لها أنها (تتشوف) أى تتراءى لزوجها (وتتزين) له ؛ لأن الزوجية قائمة والرجعة مستحبة ، والتزين داع لها (ويستحب لزوجها أن لا يدخل عليها حتى يستأذنها) بالتنحنح ونحوه (أو يسمعها خفق نعله) إن لم يكن قصد المراجعة ، لأنها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعاً ثم يطلقها فتطول عليها العدة .

(والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء) ، لأنه لا يزيل الملك ، ولا يرفع العقد ، بدليل أن له مراجعتها من غير رضاها ، ويلحقها الظهار والإيلاء واللعان ، ولذا لو قال « نسائى طوالق » دخلت فى جملتهن وإن لم ينوها ، جوهرة (وإذا كان الطلاق بائناً دون الثلاث فله أن يتزوجها فى عدتها وبعد انقضاء عدتها) لأن حل المحلية باق ؛ لأن زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ، ومنع الغير فى العدة لاشتباه النسب ، ولا اشتباه فى إباحته له

وَإِنْ كَانَ الطَّلَاقُ ثَلَاثًا فِي الْحُرَّةِ أَوِ اثْنَتَيْنِ فِي الْأَمَةِ لَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ نِكَاحًا صَحِيحًا وَيَدْخُلَ بِهَا ثُمَّ يُطَلِّقَهَا أَوْ يَمُوتَ عَنْهَا . وَالصَّبِيُّ الْمُرَاهِقُ فِي التَّحْلِيلِ كَالْبَالِغِ ، وَوَطْءُ الْمَوْلَى لَا يُحَلِّلُهَا ، وَإِذَا تَزَوَّجَهَا بِشَرْطِ التَّحْلِيلِ فَالنِّكَاحُ مَكْرُوهٌ ، فَإِنْ وَطِئَهَا حَلَّتْ لِلْأَوَّلِ ، وَإِذَا طَلَّقَ الْحُرَّةَ تَطْلِيقَةً أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَتَزَوَّجَتْ بِزَوْجٍ آخَرَ ثُمَّ عَادَتْ إِلَى

(وإذا كان الطلاق ثلاثا فى الحرة أو اثنتين فى الأمة) ولو قبل الدخول (لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها) أى يطأها (ثم يطلقها أو يموت عنها) وتنقضى عدتها منه، قيد بالنكاح الصحيح احترازا عن الفاسد والموقوف ، فلو نكحها عبد بلا إذن السيد ووطئها قبل الإجازة لا يحلها حتى يطأها بعدها كما فى الدرر (والصبى المراهق) وهو الذى تتحرك آلته وتشتهى وقدّره شمس الإسلام بعشر سنين (فى التحليل كالبالغ) لوجود الوطء فى نكاح صحيح ، وهو الشرط ، وإنما عدم منه الإنزال وهو ليس بشرط فكان بمنزلة المسلول والفحل الذى لا ينزل (ووطء المولى لا يحللها) لاشتراط الزوج بالنص (وإذا تزوجها بشرط التحليل) ولو صريحا بأن قال : تزوجتك على أن أحللك (فالنكاح) صحيح ولكنه (مكروه) تحريما ؛ لحديث « لعن الله المحلل والمحلل له » (فإن وطئها حلت للأول) ، لوجود الدخول فى نكاح صحيح ؛ إذ النكاح لا يبطل بالشرط ، هداية . وقال الإسبيجابى إذا تزوجها بشرط التحليل بالقلب ولم يقل باللسان تحل للأول فى قولهم جميعا ، أما إذا شرط الإحلال بالقول فالنكاح صحيح عند أبى حنيفة وزفر ، ويكره للثانى ، وتحل للأول ، وقال أبو يوسف : النكاح الثانى فاسد ، والوطء فيه لا يحلها للأول ، وقال محمد : النكاح الثانى صحيح ، ولا تحل للأول ، والصحيح قول أبي حنيفة وزفر ، واعتمده المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة ، كذا فى التصحيح (وإذا طلق) الرجل امرأته (الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها) منه (وتزوجت بزوج آخر) ودخل بها ، ثم طلقها الآخر (ثم عادت إلى) زوجها

الأَوَّلِ عَادَتْ بِثَلَاثِ تَطْلِيقَاتٍ ، وَيَهْدِمُ الزَّوْجُ الثَّانِي مَا دُونَ الثَّلَاثِ مِنَ الطَّلَاقِ كَمَا يَهْدِمُ الثَّلَاثَ . وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَا يَهْدِمُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ .

وَإِذَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا فَقَالَتْ « قَدِ انْقَضَتْ عِدَّتِي وَتَزَوَّجْتُ وَدَخَلَ بِي وَطَلَّقَنِي وَانْقَضَتْ عِدَّتِي » وَالْمُدَّةُ تَحْتَمِلُ ذَلِكَ جَازَ لِلزَّوْجِ أَنْ يُصَدِّقَهَا إِذَا كَانَ فِي غَالِبِ ظَنِّهِ أَنَّهَا صَادِقَةٌ .

كتاب الإيلاء

(الأول عادت) إليه بحل جديد : أى (بثلاث تطليقات ، ويهدم الزوج الثانى ما دون الثلاث من الطلاق) عند أبى حنيفة وأبى يوسف (كما يهدم الثلاث) بالإجماع ، لأنه إذا كان يهدم الثلاث فما دونها أولى (وقال محمد : لا يهدم مادون الثلاث) قال الإمام أبو المعالى : والصحيح قول الإمام وصاحبه ، ومشى عليه المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة . اهـ تصحيح . قيدنا بدخول الثانى لأنه لو لم يدخل لم يهدم اتفاقاً . قنية .

(وإذا طلقها ثلاثاً) ومضت عليها مدة (فقالت قد انقضت عدتى) منك (وتزوجت) آخر (ودخل بى) الزوج الآخر (وطلقنى و) قد (انقضت عدتى) منه (و) كانت (المدة تحتمل ذلك جاز للزوج) الأول (أن يصدقها) وينكحها (إذا كان غالب ظنه أنها صادقة) قال فى الجوهرة : إنما ذكره مطولا لأنها لو قالت « حللت لك » فتزوجها ثم قالت « إن الثانى لم يدخل بى » إن كانت عالمة بشرط الحل للأول لم تصدق ، وإن لم تكن عالمة به صدقت ، وأما إذا ذكرته مطولا كما ذكر الشيخ فإنها لا تصدق على كل حال ، وفى المبسوط : لو قالت « حللت » لا تحل له حتى يستفسرها ، وإن تزوجها ولم يسألها ولم تخبره بشىء ثم قالت « لم أتزوج زوجا آخر » أو « تزوجت ولم يدخل » فالقول قولها ويفسد النكاح . اهـ .

كتاب الإيلاء

مناسبته البينونة مآلا .

وهو لغة : الحلف مطلقاً . وشرعا : الحلف على ترك قربان زوجته مدة مخصوصة ،

إِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِامْرَأَتِهِ «وَاللهِ لَا أَقْرَبُكِ ، أَوْ لَا أَقْرَبُكِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ» فَهُوَ مُولٍ ، فَإِنْ وَطِئَهَا فِي الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ حَنِثَ فِي يَمِينِهِ ، وَلَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ ، وَسَقَطَ الْإِيلَاءُ ، وَإِنْ لَمْ يَقْرَبْهَا حَتَّى مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ بَانَتْ مِنْهُ بِتَطْلِيقَةٍ ، فَإِنْ كَانَ حَلَفَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَقَدْ سَقَطَتِ الْيَمِينُ ، وَإِنْ كَانَ حَلَفَ عَلَى الْأَبَدِ فَالْيَمِينُ بَاقِيَةٌ ، فَإِنْ عَادَ فَتَزَوَّجَهَا عَادَ الْإِيلَاءُ ، فَإِنْ وَطِئَهَا لَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ ، وَإِلَّا وَقَعَتْ بِمُضِيِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ تَطْلِيقَةٌ أُخْرَى ، فَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَادَ الْإِيلَاءُ وَوَقَعَ بِمُضِيِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ

وشرطه: محلية المرأة، بأن تكون منكوحة وقت تنجيز الإيلاء وأهلية الزوج للطلاق وحكمه: وقوع طلقة بائنة إن بر في حلفه، والكفارة والجزاء المعلق إن حنث، كما صرح بذلك بقوله (إذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك) أو «لا أجامعك» أو «لا أطؤك» أو «لا أغسل منك من جنابة» وكذا كل ما ينعقد به اليمين (أو) قال (لا أقربك أربعة أشهر) أو قال «إن قربتك فعلى حج، أو عبدى حر، أو أنت طالق» ؛ (فهو مول) لقوله تعالى «للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر» الآية (فإن وطئها فى الأربعة الأشهر حنث فى يمينه) لفعله المحلوف عليه (ولزمته الكفارة) فى عقد اليمين والجزاء المعلق، أو الكفارة فى التعليق على الصحيح الذى رجع إليه الإمام، كما فى الشرنبلالية (وسقط الإيلاء) لانتهاء اليمين بالحنث (وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة) ؛ لأنه ظلمها بمنع حقها، فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضى هذه المدة، وهو المأثور عن عثمان وعلى والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت، رضى الله عنهم ؟ وكفى بهم قدوة (فإن كان حلف على) مدة الإيلاء فقط (أربعة أشهر فقد سقطت اليمين) ؛ لأنها كانت موقتة بوقت، فترتفع بمضيه (وإن كان حلف على الأبد فاليمين باقية) بعد البينونة ؛ لعدم الحنث (فإن عاد) إليها (فتزوجها ثانياً عاد الإيلاء) ؛ لما مر أن زوال الملك بعد اليمين لا يبطلها، إلا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج ؛ لعدم منع الحق بعد البينونة (فإن وطئها) حنث فى يمينه و(لزمته الكفارة) وسقط الإيلاء ؛ لأنه يرتفع بالحنث (وإلا) يطأها (وقعت بمضى أربعة أشهر) أخرى

تَطْلِيقَةٌ أُخْرَى ، فَإِنْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ لَمْ يَقَعْ بِذَلِكَ الإِيلَاءِ طَلَاقٌ ، وَالْيَمِينُ بَاقِيَةٌ ، فَإِنْ وَطِئَهَا كَفَّرَ عَنْ يَمِينِهِ .

وَإِذَا حَلَفَ عَلَى أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَكُنْ مُولِيًا ، وَإِنْ حَلَفَ بِحَجٍّ أَوْ صَوْمٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ عِتْقٍ أَوْ طَلَاقٍ فَهُوَ مُولٍ .

وَإِنْ آلَى مِنَ الْمُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ كَانَ مُولِيًا ، وَإِنْ آلَى مِنَ الْبَائِنَةِ لَمْ يَكُنْ مُولِيًا

(تطليقة أخرى) أيضاً لأن بالتزوج ثبت حقها، فيتحقق الظلم، فيعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت التزوج . هداية (فإن) عاد إليها و(تزوجها) ثالثاً (عاد الإيلاء ووقع بمضى أربعة أشهر) أخرى (تطليقة أخرى) ؛ لبقاء طلاق ذلك الملك ببقاء المحلية (فإن) عاد إليها و (تزوجها) رابعاً (بعد) حلها بتزوج (زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق) ؛ لزوال طلاق ذلك الملك بزوال المحلية (و) لكن (اليمين باقية) لعدم الحنث (وإن وطئها كفّر عن يمينه) لوجود الحنث .

(وإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن مولياً) ؛ لأنه يصل إلى جماعها فى تلك المدة من غير حنث يلزمه (وإن حلف بحج أو صوم أو صدقة أو عتق أو طلاق فهو مول) ؛ لتحقق المنع باليمين ، وهو ذكر الشرط والجزاء ، وهذه الأجزية مانعة ، لما فيها من المشقة ، وصورة الحلف بالعتق أن يعلق بقربانها عتق عبده ، وفيه خلاف أبى يوسف ؛ فإنه يقول : يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه ، وهما يقولان : البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه ، هداية ، قال فى التصحيح : ومشى على قولهما الأئمة ؛ حتى إن غالبهم لا يحكى الخلاف . اه .

(وإن آلى من المطلقة الرجعية كان مولياً) ، لبقاء الزوجية ، فإن انقضت عدتها قبل انقضاء مدة الإيلاء يسقط الإيلاء لفوات المحلية . جوهرة (وإن آلى من) المطلقة (البائنة لم يكن مولياً) ، لعدم بقاء الزوجية ؛ إذ لا حق لها فى الوطء ؛ فلم يكن مانعا حقها ؛ بخلاف الرجعية .

وَمُدَّةُ إِيلاءِ الأَمَةِ شَهْرَانِ .

وَإِنْ كَانَ الْمُولِي مَرِيضاً لاَ يَقْدِرُ عَلَى الْجِمَاعِ أَوْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ مَرِيضَةً أَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا مَسَافَةٌ لاَ يَقْدِرُ أَنْ يَصِلَ إِلَيْهَا فِي مُدَّةِ الإِيلاَءِ فَفَيْئُهُ أَنْ يَقُولَ بِلِسَانِهِ : فِئْتُ إِلَيْهَا ، فَإِنْ قَالَ ذَلِكَ سَقَطَ الإِيلاَءُ ، وَإِنْ صَحَّ فِي الْمُدَّةِ بَطَلَ ذَلِكَ الْفَيْءُ وَصَارَ فَيْئُهُ بِالْجِمَاعِ .

وَإِذَا قَالَ لاِمْرَأَتِهِ « أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ » سُئِلَ عَنْ نِيَّتِهِ ، فَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الْكَذِبَ فَهُوَ كَمَا قَالَ ،

(ومدة إيلاء الأمة شهران) ؛ لأنها مدة ضُرِبَتْ أجلا للبينونة فتنصف في الرق كمدة العدة .

(فإن كان المُولِي مريضاً) بحيث (لا يقدر على الجماع ، أو كانت المرأة مريضة) أو رتقاء أو صغيرة لا تجامع (أو كان بينهما مسافة) بعيدة ، بحيث (لا يقدر أن يصل إليها في مدة الإيلاء) أو محبوسة أو ناشزة لا يصل إليها (ففيئه أن يقول بلسانه : فئت إليها) ؛ أو أبطلت الإيلاء ، أو رجعت عما قلت ، أو نحو ذلك (فإذا قال ذلك سقط الإيلاء) لأنه آذاها بذكر المنع فيكون إرضاؤها بالوعد ، وإذا ارتفع الظلم لا يُجَازَى بالطلاق (وإن صح) من مرضه أو زال المانع (في المدة بطل ذلك الفيء) الذي ذكره بلسانه (وصار فيئه بالجماع) ؛ لأنه قَدَرَ على الأصل قبل حصول المقصود ؛ فيبطل الخلف ، كالتيمم .

(وإذا قال) الرجل (لامرأته أنت علي حرام) أو أنت معي في الحرام، أو نحو ذلك (سئل عن نيته: فإن قال أردت الكذب فهو كما قال)، لأنه نوى حقيقة كلامه ، قال في التصحيح : هذا ظاهر الرواية ، ومشى عليه الحلواني، وقال السرخسي: لا يصدق في القضاء ، حتى قال في الينابيع: في قول القدوري « فهو كما قال » يريد فيما بينه و بين الله تعالى، أما في القضاء فلا يصدق بذلك ، و يكون يميناً ، ومثله في شرح الإسبيجابي ، وفي شرح

وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الطَّلَاقَ فَهِيَ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ ، إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ الثَّلَاثَ ، وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الظِّهَارَ فَهُوَ ظِهَارٌ ، وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ التَّحْرِيمَ أَوْ لَمْ أُرِدْ بِهِ شَيْئاً فَهُوَ يَمِينٌ يَصِيرُ بِهَا مُولِياً .

الهداية : وهذا هو الصواب وعليه العمل والفتوى، اه (وإن قال أردت الطلاق فهى تطليقه بائنة) ؛ لأنه كناية (إلا أن ينوى الثلاث) فيكون الثلاث اعتباراً بسائر الكنايات (وإن قال أردت الظهار فهو ظهار) ، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد : ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرّمة ، وهو الركن فيه ، ولهما أنه أطلق الحرمة ، وفى الظهار نوع حرمة ، والمُطْلَق يحتمل المقيد . هداية . قال الإسبيجابى : والصحيح قولهما ، واعتمده المحبوبى والنسفى وغيرهما . تصحيح (وإن قال أردت التحريم أو لم أرد به شيئاً فهو يمين يصير به مولياً) ؛لأن الأصل فى تحريم الحلال إنما هو اليمين عندنا ، ، فإذا قال « أردت التحريم » فقد أراد اليمين، وإن قال « لم أرد شيئاً » لم يصدق فى القضاء ؛ لأن ظاهر ذلك اليمين ، وإذا ثبت أنه يمين كان به مولياً . جوهرة . قال فى الهداية : ومن المشايخ من يصرف لفظ التحريم إلى الطلاق من غير نية لحكم العرف ، قال الإمام المحبوبى : وبه يفتى ، وقال نجم الأئمة فى شرحه لهذا الكتاب : قال أصحابنا المتأخرون : الحلال علىّ حرام ، أو أنت علىّ حرام ، أوحلال الله علىّ حرام ، أو كل حلال على حرام - طلاق بائن ، ولا يفتقر إلى النية ؛ للعرف . حتى قالوا فى قول محمد « إن نوى يميناً فهو يمين ، ولا تدخل امرأته إلا بالنية ، وهو على المأكول والمشروب » : إنما أجاب به على عرف ديارهم ، أما فى عرف بلادنا فيريدون تحريم المنكوحة فيحمل عليه . اه . وفى مختارات النوازل: وقد قال المتأخرون : يقع به الطلاق من غير نية ، لغلبة الاستعمال بالعرف ، وعليه الفتوى ، ولهذا لا يحلف به إلا الرجال ، قلت : ومن الألفاظ المستعملة فى مصرنا وريفنا « الطلاق يلزمنى » و « الحرام يلزمنى » و « علىّ الطلاق » و « علىّ الحرام » كذا فى التصحيح .

كتاب الخلع

إِذَا تَشَاقَّ الزَّوْجَانِ وَخَافَا أَنْ لاَ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلاَ بَأْسَ أَنْ تَفْتَدِيَ نَفْسَهَا مِنْهُ بِمَالٍ يَخْلَعُهَا بِهِ ، فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ وَقَعَ بِالْخُلْعِ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ ، وَلَزِمَهَا الْمَالُ وَإِنْ كَانَ النُّشُوزُ مِنْ قِبَلِهِ كُرِهَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا عِوَضًا .

وَإِنْ كَانَ النُّشُوزُ مِنْ قِبَلِهَا كُرِهَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ جَازَ فِي الْقَضَاءِ ،

كتاب الخلع

بضم الخاء وفتحها ، واستعمل فى إزالة الزوجيّة بالضم ، وفى غيره بالفتح

وهو لغةً : الإزالةُ ، وشرعا — كما فى البحر — إزالة ملك النكاح المتوقفة على قَبُولها ، بلفظ الخلع أو ما فى معناه . اه .

ولا بأس به عند الحاجة ، كما أشار إلى ذلك بقوله : (إذا تشاقّ الزوجان): أى اختلفا ووقع بينهما العداوة والمنازعة (وخافا أن لا يقيما حدود الله) أى مايلزمهما من موجبات النكاح مما يجب له عليها وعليه لها (فلا بأس أن تفتدى) المرأة (نفسها منه بمال يخلعها به) ؛ لقوله تعالى : « فلا جناح عليهما فيما افْتَدَتْ به» الآية (فإذا) قبل الزوج و(فعل ذلك) المطلوبَ منه (وقع بالخلع تطليقة بائنة) ، لأنه من الكنايات إلا أن ذِكْرَ المال أغنى عن النية ههنا ، ولأنها لا تبذل له المال إلا لتسلم لها نفسُها ، وذلك بالبينونة (ولزمها المال) الذى افتدت به نفسها ، لقبولها ذلك .

(و إن كان النشوز) أى النفرة والجفاء (من قبله): أى الزوج (كره له أن يأخذ منها عوضاً)، لأنه أوحَشَهَا بالاستبدال؛ فلا يزيد فى وحشتها بأخذ المال (و إن كان النشوز من قبلها) أى الزوجة (كره له أن يأخذ) منها عوضاً (أكثر مما أعطاها) من المهر ، دون النفقة وغيرها وفى الجامع الصغير : يطيب له الفضل أيضاً (فإن فعل ذلك) بأن أخذ أكثر مما أعطاها (جاز فى القضاء) ؛ لإطلاق قوله تعالى : «فلا جناح

وَإِنْ طَلَّقَهَا عَلَى مَالٍ فَقَبِلَتْ وَقَعَ الطَّلَاقُ، وَلَزِمَهَا المَالُ، وَكَانَ الطَّلَاقُ بَائِناً،
وَإِذَا بَطَلَ الْعِوَضُ فِي الْخُلْعِ مِثْلُ أَنْ تُخَالِعَ المَرْأَةُ المُسْلِمَةُ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ فَلَا شَيْءَ لِلزَّوْجِ، وَالْفُرْقَةُ بَائِنَةٌ، وَإِنْ بَطَلَ الْعِوَضُ فِي الطَّلَاقِ كَانَ رَجْعِيًّا،
وَمَا جَازَ أَنْ يَكُونَ مَهْراً جَازَ أَنْ يَكُونَ بَدَلاً فِي الْخُلْعِ.

فَإِنْ قَالَتْ لَهُ «خَالِعْنِي عَلَى مَا فِي يَدِي» فَخَالَعَهَا وَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ فَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهَا، وَإِنْ قَالَتْ: خَالِعْنِي عَلَى مَا فِي يَدِي

عليهما فيما افتدت به » وكذلك إذا أخذ والنشوز منه . هداية

(وإن طلقها على مال) بأن قال لها : أنت طالق بألف ، أو على ألف (فقبلت) في المجلس (وقع الطلاق ، ولزمها المال) ؛ لأن الزوج يستبدّ بالطلاق تنجيزاً وتعليقاً وقد علقه بقبولها ، والمرأة تملك التزام المال ، لولايتها على نفسها ، وملك النكاح مما يجوز الاعتياضُ عنه ، وإن لم يكن مالاً كالقصاص . هداية (وكان الطلاق بائنا) ، لأن بَذْلَ المال إنما كان لتسلم لها نفسها ، وذلك بالبينونة .

(وإذا بطل العوض في الخلع) وذلك (مثل أن تخالع المرأة المسلمة على خمر أو خنزير) أو ميتة أو دم (فلا شيء للزوج) عليها ، لأنها لم تسمّ له متقوما حتى تصير غارّةً له ، بخلاف ما إذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا ، لأنها سمت مالا فصار مغروراً (والفرقة) فيه (بائنة) ، لأنه لما بطل العوض كان العامل فيه لفظ الخلع ، وهو كناية (وإن بطل العوض في الطلاق كان) الطلاق (رجعيا) ، لأن العامل فيه لفظ الطلاق ، وهو صريح ، والصريح يعقب الرجعة .

(وما جاز أن يكون مهرا) في النكاح (جاز أن يكون بدلا في الخلع) لأن مايصلح أن يكون بدلا للمتقوم أولى أن يصلح لغيره .

(فإن قالت له خالعني على مافي يدي) الحسية (فخالعها ولم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها) ، لأنها لم تغرّهُ بتسمية المال (وإن قالت) له (خالعني على مافي يدي

مِنْ مَالٍ وَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ رَدَّتْ عَلَيْهِ مَهْرَهَا ، وَإِنْ قَالَتْ خَالِعْنِي عَلَى مَا فِي يَدِي مِنْ دَرَاهِمَ فَخَالَعَهَا وَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ فَعَلَيْهَا ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ ، وَإِنْ قَالَتْ طَلِّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَعَلَيْهَا ثُلُثُ الْأَلْفِ ، وَإِنْ قَالَتْ طَلِّقْنِي ثَلَاثًا عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَلَوْ قَالَ الزَّوْجُ طَلِّقِي نَفْسَكِ ثَلَاثًا بِأَلْفٍ أَوْ عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا وَاحِدَةً لَمْ يَقَعْ عَلَيْهَا شَيْءٌ وَالْمُبَارَأَةُ كَالْخُلْعِ .

من مال ولم يكن فى يدها شيء ردت عليه مهرها) لأنها لم سمت مالا لم يكن الزوج راضياً بالزوال إلا بالعوض ، ولا وجه إلى إيجاب المسمى وقيمته للجهالة ، ولا إلى قيمة البُضع ـ أعنى مهر المثل ـ لأنه غير متقوم حالة الخروج ؛ فتمين إيجاب ماقام به على الزوج ؛ دفعاً للضرر . هداية (وإن قالت) له (خالعنى على مافى يدى من دراهم فخالعها ولم يكن فى يدها شيء) أو كان فى يدها أقل من ثلاثة دراهم (فعليها ثلاثة دراهم) ؛ لأنها سمت الجمع، وأقله ثلاثة (وإن قالت) له (طلقنى ثلاثاً بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف) لأنها لما طلبت الثلاث بألف فقد طلبت كل واحدة بِثُلُثِ الألف، وهذا لأن حرف الباء يَصْحَبُ الأعواض ، والعوض ينقسم على المعوض ، والطلاق بائن لوجوب المال (وإن قالت طلقنى ثلاثاً على ألف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند أبى حنيفة) وتقع رجعية ، وقالا : عليها ثلث الألف وتقع بائنة ؛ لأن كلمة « على » بمنزلة الباء فى المعاوضات ، وله أن كلمة « على » للشرط ، والمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط ، بخلاف الباء ؛ لأنه للعوض على ما مر ، قال الاسبيجابى : والصحيح قوله ، واعتمده البرهانى والنسفى وغيرهما تصحيح (ولو قال الزوج) لزوجته : (طلقى نفسك ثلاثاً بألف أو على ألف فطلقت نفسها واحدة لم يقع عليها شيء) ؛ لأن الزوج ما رضى بالبينونة إلا لتسلم الألف له كلها ، بخلاف قولها « طلقنى ثلاثاً بألف » ؛ لأنها لما رضيت بالبينونة بألف كانت ببعضها أرضى .

(والمبارأة) مثل أن يقول لها : برئت من نكاحك على ألف فقبلت (كالخلع)

وَالْخُلْعُ وَالْمُبَارَأَةُ يُسْقِطَانِ كُلَّ حَقٍّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ عَلَى الآخَرِ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِالنِّكَاحِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ .

كتاب الظهار

إِذَا قَالَ الزَّوْجُ لِامْرَأَتِهِ « أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي » فَقَدْ حَرُمَتْ عَلَيْهِ لاَ يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا وَلاَ لَمْسُهَا وَلاَ تَقْبِيلُهَا حَتَّى يُكَفِّرَ عَنْ ظِهَارِهِ ،

قال فى المختارات : أى يقع بها الطلاق البائن بلا نية كما مر فى الخلع .

(والخلع والمبارأة يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح) كالمهر : مقبوضاً أو غير مقبوض ، قبل الدخول وبعده ، والنفقة الماضية ، وأما نفقة العدة فلا تسقط إلا بالذكر ، وهذا (عند أبى حنيفة) وقال أبو يوسف فى المبارأة مثل ذلك ، وفى الخلع لا يسقط إلا ما سمّيا ، وقال محمد : لا يسقط فيهما إلا ما سميا ، والصحيح قول أبى حنيفة ،ومشى عليه المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة ، تصحيح. قيد بما يتعلق بالنكاح لأنه لا يسقط ما لا يتعلق به كالقرض ونحوه ، قال فى البزازية : اختلعت على أن لا دعوى لكل على صاحبه ثم ادعى أن له كذا من القطن صح؛ لاختصاص البراءة بحقوق النكاح.اﻫ

كتاب الظهار

هو لغة : مصدر ظَاهَرَ امرأته، إذا قال لها :أنتِ علىَّ كظهر أمى، كما فى الصحاح والمغرب . وفى الدرر:هو لغة مقابلة الظهر بالظهر ؛ فإن الشخصين إذا كان بينهما عداوة يجعل كل منهما ظهره إلى ظهر الآخر، اﻫ. وشرعاً :تشبيه المسلم زوجته أو ما يعبر به عنها أو جزءا شائعاً منها بمُحَرَّمة عليه تأبيداً ، كما أشار إلى ذلك بقوله :(إذا قال الزوج لامرأته أنت على كظهر أمى) وكذلك لو حذف « على » كما فى النهر(فقد حرمت عليه :لا يحل له وطؤها ولا لمسها ولا تقبيلها) وكذلك يحرم عليها تمكينه من ذلك (حتى يكفر عن ظهاره) وهذا جناية ، لأنه منكر من القول وزور ، فيناسب

فَإِنْ وَطِئَهَا قَبْلَ أَنْ يُكَفِّرَ اسْتَغْفَرَ اللهَ تَعَالَى ، ولا شَيْءَ عَلَيْهِ غَيْرُ الكَفَّارَةِ الأولى ، ولا يُعَاوِدُهَا حَتَّى يُكَفِّرَ ، وَالْعَوْدُ الَّذِي تَجِبُ بِهِ الكَفَّارَةُ أَنْ يَعْزِمَ على وَطْئِهَا .

وَإِذَا قَالَ « أَنْتِ عَلَيَّ كَبَطْنِ أُمِّي ، أَوْ كَفَخِذِهَا ، أَوْ كَفَرْجِهَا » فَهُوَ مُظَاهِرٌ ، وَكَذَلِكَ إِنْ شَبَّهَهَا بِمَنْ لا يَحِلُّ لَهُ النَّظَرُ إِلَيْهَا عَلَى التَّأْبِيدِ مِنْ مَحَارِمِهِ مِثْلُ أُخْتِهِ أَوْ عَمَّتِهِ أَوْ أُمِّهِ مِنَ الرَّضَاعَةِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : رَأْسُكِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي ، أَوْ فَرْجُكِ ، أَوْ وَجْهُكِ ، أَوْ رَقَبَتُكِ ، أَوْ نِصْفُكِ ، أو

المجازاة عليها بالحرمة ، وارتفاعها بالكفارة ، ثم الوطء إذا حرم حرم بدواعيه ، كيلا يقع فيه كما فى الإحرام ، بخلاف الحائض والصائم ، لأنه يكثر وجودها ، فلو حرم الدواعى لأفضى إلى الحرج ، ولا كذلك الظهار والإحرام ، هداية (فإن وطئها قبل أن يكفر استغفر الله تعالى) من ارتكاب هذا المأثم (ولا شيء عليه غير الكفارة الأولى) وقيل:عليه أخرى للوطء كما فى الدرر (ولا يعاودها حتى يكفر) لقوله صلى الله عليه وسلم للذى واقع فى ظهاره قبل الكفارة: « استغفر الله ولا تعُدْ حتى تكفر» ولو كان شيء واجبا لنبه عليه ، هداية (والعود الذى تجب به الكفارة) فى قوله تعالى: «ثم يعُودُونَ لما قالوا »(أن يعزم على وطئها) قال فى الجوهرة : يعنى أن الكفارة إنما تجب عليه إذا قصد وطأها بعد الظهار ، فإن رضى أن تكون محرمة عليه ولم يعزم على وطئها لا تجب عليه ، ويجبر على التكفير دفعا للضرر عنها .اهـ.

(وإذا قال أنت على كبطن أمى أو كفخذها أو كفرجها فهو مظاهر)، لأن الظهار ليس إلا تشبيه المحللة بالمحرمة ،وهذا المعنى يتحقق فى عضو لا يجوز النظر إليه، هداية (وكذلك) الحكم (إن شبهها بمن لا يحل له النظر إليها) نظر الزوج للزوجة (على التأبيد من محارمه)نسباً أو رضاعاً، وذلك (مثل أخته أو عمته أو أمه من الرضاعة) ، لأنهن فى التحريم المؤبد كأم نسباً (وكذلك) الحكم (إن قال: رأسك على كظهر أمى أو فرجك أو وجهك أو رقبتك) ؛ لأنه يعبر بها عن جميع البدن (أو نصفك أو

ثلاثك ، وَإِنْ قال «أَنْتِ عَلَيَّ مِثْلُ أُمِّي» رُجِعَ إِلَى نِيَّتِهِ ، فَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الْكَرَامَةَ فَهُوَ كَمَا قَالَ ، وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الظِّهَارَ فَهُوَ ظِهَارٌ ، وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الطَّلَاقَ فَهُوَ طَلَاقٌ بَائِنٌ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ

وَلَا يَكُونُ الظِّهَارُ إِلَّا مِنْ زَوْجَتِهِ ، فَإِنْ ظَاهَرَ مِنْ أَمَتِهِ لَمْ يَكُنْ مُظَاهِرًا وَمَنْ قَالَ لِنِسَائِهِ «أَنْتُنَّ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي» كَانَ مُظَاهِرًا مِنْ جَمَاعَتِهِنَّ ، وَعَلَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ كَفَّارَةٌ .

ثلاثك)؛ لأنه يثبت الحكم فى الشائع ثم يتعدى إلى الكل كما مر فى الطلاق (وإن قال أنت على مثل أمى) أو كأمى ، وكذا لو حذف «على» خانية (رجع إلى نيته) لينكشف حكمه (فإن قال أردت الكرامة فهو كما قال) ، لأن التكريم فى التشبيه فاش فى الكلام (وإن قال أردت الظهار فهو ظهار) ، لأنه تشبيه بجميعها ، ، وفيه تشبيه بالعضو ، لكنه ليس بصريح فيفتقر إلى النية (وإن قال أردت الطلاق فهو طلاق بائن) لأنه تشبيه بالأم فى الحرمة ؛ فكأنه قال « أنت على حرام » ونوى الطلاق (وإن لم تكن له فيه نية) أو حذف الكاف كما فى الدار (فليس بشىء) لاحتمال الحمل على الكرامة، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد : يكون ظهارا ، قال جمال الإسلام فى شرحه : الصحيح قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، واعتمده البرهان والنسفى وغيرهما . تصحيح .

(ولا يكون الظهار إلا من زوجته) ، لقوله تعالى : « من نسائهم » (فإن ظاهر من أمته لم يكن مظاهراً)؛ لأن الظهار منقول عن الطلاق ، ولا طلاق فى المملوكة (ومن قال لنسائه) المتعددات (أنتن على كظهر أمى كان مظاهراً من جماعتهن) لأنه أضاف الظهار إليهن ، فصار كما إذا أضاف الطلاق (وعليه لكل واحدة كفارة) لأن الحرمة تثبت فى كل واحدة والكفارة لإنهاء الحرمة ، فيتعدد بتعددها ، بخلاف الإيلاء منهن؛ لأن الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم - يعنى اسم الله تعالى - ولم يتعدد

وَكَفَّارَةُ الظِّهَارِ : عِتْقُ رَقَبَةٍ ؛ فَإِن لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ، فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ؛ كُلُّ ذَلِكَ قَبْلَ الْمَسِيسِ ؛ وَيُجْزِىءُ فِى ذَلِكَ عِتْقُ الرَّقَبَةِ الْكَافِرَةِ ، وَالْمُسْلِمَةِ ، وَالذَّكَرِ ، وَالأُنْثَى ، وَالصَّغِيرِ ، وَالْكَبِيرِ ، وَلا تُجْزِىءُ الْعَمْيَاءُ ، وَلا الْمَقْطُوعَةُ الْيَدَيْنِ أَوِ الرِّجْلَيْنِ ، وَيَجُوزُ الأَصَمُّ ، وَالْمَقْطُوعُ إِحْدَى الْيَدَيْنِ وَإِحْدَى الرِّجْلَيْنِ مِنْ خِلافٍ ، وَلا يَجُوزُ مَقْطُوعُ إِبْهَامَيِ الْيَدَيْنِ ، وَلا الْمَجْنُونُ الَّذِى لا يَعْقِلُ ، وَلا يَجُوزُ عِتْقُ الْمُدَبَّرِ ، وَأُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُكَاتَبِ الَّذِى أَدَّى بَعْضَ الْمَالِ ،

ذكر الاسم ، هداية .

(وكفارة الظهار عتق رقبة) أى إعتاقها بنية الكفارة (فإن لم يجد) ما يُعتِقه (فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع) الصيام (فإطعام ستين مسكينا) للنص الوارد فيه ؛ فإنه يفيد الكفارة على هذا الترتيب (وكل ذلك) يجب بالعزم (قبل المسيس) لأنها مُنْهِية للحرمة ، فلا بدمن تقديمها على الوطء ، ليكون الوطء حلالا (ويجزىء فى ذلك) التكفير (عتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والأنثى والصغير والكبير) ، لأن اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء ، إذ هى عبارة عن الذات المرقوقة المملوكة من كل وجه وليست بفائتة المنفعة (ولا تجوز العمياء ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين) ، لأنه فائت جنس المنفعة فكان هالكا حكما (ويجوز الأصم والمقطوع إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف) والمقطوع الأذنين والأنف والأعور والأعمش والخصى والمجبوب، لأنه ليس بفائت جنس المنفعة ، بل مختلُّها ، وهو لا يمنع (ولا يجوز مقطوع إبهام اليدين) ؛ لأن قوة البطش بهما ، فبفواتها يفوت جنس المنفعة (ولا المجنون الذى لا يعقل) ؛ لأن الانتفاع بالجوارح لا يكون إلا بالعقل ، فكان فائتَ المنافع ، والذى يجن ويفيق يجزئه ؛ لأن الاختلال غير مانع (ولا يجوز عتق المدبر وأم الولد) ، لاستحقاقهما الحرية بتلك الجهة ، فكان الرق فيهما ناقصاً (و) كذا (المكاتب الذى أدى بعض المال) ولم يعجِّز نفسه ؛ لأنه إعتاق

فإنْ أَعْتَقَ مُكَاتَباً لم يُؤَدِّ شيئاً جازَ ، فإن اشْتَرَى أَبَاهُ أَو ابْنَهُ يَنْوِى بالشِّراء الكَفَّارَةَ جازَ عَنْهَا ، وَإِنْ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ عَنِ الكَفَّارَةِ وَضَمِنَ قِيمَةَ بَاقِيهِ فأَعْتَقَهُ لم يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَإِنْ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدِهِ عَنْ كَفَّارَتِهِ ثُمَّ أَعْتَقَ بَاقِيَهُ عَنْهَا جازَ ؛ وَإِنْ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدِهِ عَنْ كَفَّارَتِهِ ثُمَّ جَامَعَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا ثُمَّ أَعْتَقَ بَاقِيَهُ لم يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حنيفة ،

ببدل (فإن أعتق مكاتباً لم يؤد شيئاً) وعَجَّزَ نفسه (جاز) ، لقيام الرق من كل وجه (وإن اشترى) المظاهِرُ (أباه أو ابنه ينوى بالشراء الكفارة جاز عنها) ؛ لثبوت العتق اقتضاء بالنية ، بخلاف مالو ورثه ، لأنه لاصنع له فيه (وإن أعتق) المظاهر (نصف عبد مشترك عن الكفارة) وهو موسر (وضمن قيمة باقيه فأعتقه لم يجز عند أبي حنيفة) ويجوز عندهما ، لأنه يملك نصيب صاحبه بالضمان ، فصار معتقاً الكل وهو ملكه ، ولأبي حنيفة أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول إليه بالضمان ، ومثله يمنع الكفارة . هداية . قال فى التصحيح : وهذه من فروع تجزؤ العتق ، قال الإسبيجابى فيه : الصحيح قول أبي حنيفة ، وعلى هذا مشى المحبوبى والنسفى وغيرهما . قيدنا بالموسر لأنه إذا كان معسراً لم يجز اتفاقاً ؛ لأنه وجب عليه السعاية فى نصيب الشريك ، فيكون إعتاقاً بعوض (وإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقيه عنها جاز) ، لأنه أعتقه بكلامين ، والنقصان حصل على ملكه بجهة الكفارة ومثله غير مانع ، كمن أضجع شاة للأضحية فأصابت السكين عينها ، بخلاف ما تقدم ؛ لأن النقصان تمكن على ملك الشريك ، وهذا على أصل أبي حنيفة ، أما عندهما فالإعتاق لا يتجزأ ؛ فإعتاق النصف إعتاق الكل ، فلا يكون إعتاقاً بكلامين . هداية (وإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التى ظاهر منها ثم أعتق باقيه لم يجز عند أبى حنيفة) ، لأن الإعتاق يتجزأ عنده ، وشرط الإعتاق أن يكون قبل المسيس بالنص ، وإعتاق النصف حصل بعده . وعندهما إعتاق النصف إعتاق الكل ، فحصل الكل قبل

وَإِذَا لَمْ يَجِدِ الْمُظَاهِرُ مَا يُعْتِقُ فَكَفَّارَتُهُ صَوْمُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ لَيْسَ فِيهِمَا شَهْرُ رَمَضَانَ وَلَا يَوْمُ الْفِطْرِ وَلَا يَوْمُ النَّحْرِ وَلَا أَيَّامُ التَّشْرِيقِ ، فَإِنْ جَامَعَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا فِي خِلَالِ الشَّهْرَيْنِ لَيْلاً عَامِداً أَوْ نَهَاراً نَاسِياً اسْتَأْنَفَ الصَّوْمَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ، وَإِنْ أَفْطَرَ يَوْماً مِنْهُمَا بِعُذْرٍ أَوْ بِغَيْرِ عُذْرٍ اسْتَأْنَفَ ،

المسيس . هداية . وقدمنا تصحيح الإسبيجابي لقول الإمام في تجزؤ الإعتاق ، وعليه مشى المحبوبي والنسفي وغيرهما . تصحيح (وإذا لم يجد المظاهر ما يعتق) ولو محتاجاً إليه لخدمته أو قضاء دينه ؛ لأنه واجد حقيقة . بدائع (فكفارته صوم شهرين) بالأهلة، وإن كان كل واحد منهما تسعة وعشرين يوماً ، وإلا فستين يوماً ، فإن صام بالأيام وأفطر لتسعة وخمسين فعليه الاستقبال كما في المحيط ، ولو صام تسعة وعشرين يوما بالهلال وثلاثين بالأيام جاز كما في النظم ، ولو قَدَرَ على التحرير ولو في آخر اليوم الأخير لزمه العتق ، وأتم يومه ندباً (متتابعين) للنص عليه (ليس فيهما شهر رمضان) لأنه لا يقع عن الظهار ؛ لما فيه من إبطال ما أوجبه الله تعالى (ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام التشريق) ؛ لأن الصوم في هذه الأيام منهي عنه ، فلا ينوب عن الواجب الكامل ، هداية (فإن جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامداً أو نهارا ناسيا استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد) وقال أبو يوسف : لا يستأنف ؛ لأنه لا يمنع التتابع ، إذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط ، ولهما أن الشرط في الصوم أن يكون قبل المسيس ، وأن يكون خالياً عنه ضرورة بالنص ، وهذا الشرط ينعدم بالجماع في خلال الصوم ، فيستأنف كما في الهداية ، قال في زاد الفقهاء : والصحيح قول أبي حنيفة ومحمد ، ومشى عليه البرهاني والنسفي وصدر الشريعة . تصحيح (وإن أفطر يوماً منهما) أي الشهرين (بعذر) كسفر ومرض ونفاس ، بخلاف الحيض لتعذر الخلو عنه (أو بغير عذر استأنف) أيضاً ، لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة .

وَإِنْ ظَاهَرَ الْعَبْدُ لَمْ يُجْزِهِ فِى الْكَفَّارَةِ إِلاَّ الصَّوْمُ ، فَإِنْ أَعْتَقَ الْمَوْلَى عَنْهُ أَوْ أَطْعَمَ لَمْ يُجْزِهِ ،

وَإِذَا لَمْ يَسْتَطِعِ الْمُظَاهِرُ الصِّيَامَ أَطْعَمَ سِتِّينَ مِسْكِيناً كُلَّ مِسْكِينٍ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ أَوْ صَاعاً مِنْ تَمْرٍ أَوْ شَعِيرٍ أَوْ قِيمَةَ ذَلِكَ ، فَإِنْ غَدَّاهُمْ وَعَشَّاهُمْ جَازَ ، قَلِيلاً مَا أَكَلُوا أَوْ كَثِيرًا ، فَإِنْ أَعْطَى مِسْكِيناً وَاحِداً سِتِّينَ يَوْماً أَجْزَأَهُ ، وَإِنْ أَعْطَاهُ فِى يَوْمٍ وَاحِدٍ لَمْ يُجْزِهِ إِلاَّ عَنْ يَوْمِهِ ، وَإِنْ قَرِبَ الَّتِى ظَاهَرَ مِنْهَا

(وإن ظاهر العبد) ولو مكاتباً (لم يجزه فى الكفارة إلا الصوم) لأنه لاملك له ، فلم يكن من أهل التكفير بالمال (فإن أعتق المولى عنه أو أطعم لم يجزه) لأنه ليس من أهل الملك ، فلا يصير مالكا بتمليكه .

(وإن لم يستطع المظاهر الصيام) لمرض لا يرجى برؤه أو كبر سن (أطعم) هو أو نائبه (ستين مسكينا) التقييد به اتفاق، لجواز صرفه إلى غيره من مصارف الزكاة، ولا يجزىء غير المراهق ، بدائع (كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أوشعير) كالفطرة قدراً ومصرفاً (أو قيمة ذلك) لأن المقصود سَدُّ الخلَّة ودفع الحاجة و يوجد ذلك فى القيمة (فإن غدَّاهم وعشَّاهم جاز ، قليلا) كان (ما أكلوا أو كثيراً): لأن المنصوص عليه هو الإطعام ، وهو حقيقة فى التمكين من الطعم، وفى الإباحة ذلك كما فى التمليك ، بخلاف الواجب فى الزكاة وصَدَقَة الفطر، فإنه الإيتاء والأداء، وهما للتمليك حقيقة ، ولابد من الإدام فى خبز الشعير، ليمكنه الاستيفاء إلى الشبع، وفى خبز الحنطة لا يشترط الإدام كما فى الهداية (فإن أعطى مسكينا واحداً ستين يوما أجزأه)، لأن المقصود سد خلة المحتاج، والحاجة تتجدد فى كل يوم، فالدفع إليه فى اليوم الثانى كالدفع إلى غيره (وإن أعطاهُ فى يوم واحد) ولو بدَفعَاتٍ على الأصح ، زيلعى (لم يجزه إلا عن يومه) ذلك، لفقد التعدد حقيقة وحكما (وإن قرب التى ظاهر منها)

فى خِلالِ الإِطْعامِ لم يَسْتَأْنِفْ .

وَمنْ وَجبَ عَليْهِ كَفَّارَتا ظِهارٍ فأَعْتقَ رَقَبتَيْنِ لا يَنوِى عَنْ إِحْدَاهُمَا بِعَيْنِها جازَ عَنْهُمَا ، وَكَذٰلِكَ إِنْ صَامَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ أو أَطْعَمَ مِائَةً وَعِشْرِينَ مِسْكِينًا جازَ ، وَإِنْ أَعْتقَ رَقَبةً وَاحِدَةً أو صامَ شَهْرَيْنِ كانَ لَهُ أَنْ يَجْعَلَ ذٰلِكَ عَنْ أَيَّتِهِما شاءَ .

كتاب اللعان

إِذا قَذَفَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ بالزِّنا وَهُما منْ أَهْلِ الشَّهادَةِ ، وَالمَرْأَةُ مِمَّنْ يُحَدُّ قاذِفُها ، أوْ نَفَى نَسَبَ

أى جامعها (فى خلال الإطعام لم يستأنف) ، لأن النص فيه مطلق، إلا أنه يمنع من المسيس قبله، لأنه ربما يقدر على الإعتاق أو الصوم فيقعان بعد المسيس، والمنع لمعنى فى غيره لا يعدم المشروعية فى نفسه .

(ومن وجب عليه كفارتا ظهار) من امرأة أو امرأتين (فأعتق رقبتين لا ينوى عن إحداهما بعينها جاز عنهما ، وكذلك إذا صام أربعة أشهر ، أو أطعم مائة وعشرين مسكينا) لأن الجنس متحد ، فلا حاجة إلى نية معينة (وإن أعتق رقبة واحدة أو صام شهرين) عن كفارتى ظهار (كان له أن يجعل ذلك عن أيتهما شاء)، لأن النية معتبرة عند اختلاف الجنس .

كتاب اللعان

هو لغة : مصدر لاعَنَ كقاتل ، من اللَّعْنِ وهو الطرد والإبعاد ، سمى بهــ لا بالغضب ـ للعنه نفسه أولا ، والسبق من أسباب الترجيح ، وشرعاً : شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن من جهة و بالغضب من أخرى، قائمة مقام حد القذف فى حقه، ومقام حد الزنا فى حقها ؛ كما أشار إلى ذلك بقوله : (إذ قذف الرجل امرأته بالزنا) صريحا (وهما) أى الزوجان (من أهل الشهادات) على المسلم (و) كانت (المرأة ممن يحد قاذفها) لأنه قائم فى حقه مقام حد القذف فلابد من إحصانها (أو نفى نسب

وَلدِها وَطالَبتْهُ بِمُوجَبِ القَذْفِ فَعَلَيْهِ اللِّعَانُ ، فإنِ امْتَنَعَ مِنْهُ حَبَسَهُ الحَاكِمُ حَتّى يُلاعِنَ أو يُكَذِّبَ نَفْسَهُ فيُحَدُّ ، وَإنْ لاعَنَ وَجَبَ عَلَيْها اللِّعَانُ ؛ فإنِ امْتَنَعَتْ حَبَسَها الحَاكِمُ حَتّى تُلاعِنَ أو تُصَدِّقَهُ .

وَإذَا كانَ الزَّوْجُ عَبْدًا أو كافِرًا أو مَحْدُودًا في قَذْفٍ فَقَذَفَ امْرَأتَهُ فَعَلَيْهِ الحَدُّ ،

ولدها) منه أو من غيره ، لأنه إذا نفى نسب ولدها صار قاذفا لها ظاهراً (وطالبته بموجب القذف) لأنه حقها، فلا بد من طلبها كسائر الحقوق ، فلو لم تطالبه وسكتت لا يبطل حقها ، ولو طالت المدة، لأن طول المدة لا يبطل حقوق العباد (فعليه اللعان) إن عجز عن البرهان (فإن امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن) فيبرأ (أو يكذب نفسه فيحد) لأن اللعان خلف عن الحد ، فإذا لم يأت بالخلف وجب عليه الأصل (فإن لاعن) الزوج (وجب عليها اللعان) بعده ؛ لأنه المدعى فيطالب منه الحجة أولا ، فلو بدأ بلعانها أعادت بعده ، فلو فرق قبل الإعادة صح ، لحصول المقصود كما في الدر (فإن امتنعت) المرأة (حبسها الحاكم حتى تلاعن أو تصدقه) قال الزيلعي: وفي بعض نسخ القدوري «أو تصدقه فتحد» وهو غلط، لأن الحد لا يجب بالإقرار مرة، فكيف يجب بالتصديق مرة ؟ وهو لا يجب بالتصديق أربع مرات، لأن التصديق ليس بإقرار قصداً، فلا يعتبر في حق وجوب الحد ، و يعتبر في درئه، فيندفع به اللعان، ولا يجب به الحد، وينتفي النسب، لأنه إنما ينقطع حكما باللعان، ولم يوجد، وهو حق الولد، فلا يصدقان في إبطاله و به يظهر عدم صحة قول صدر الشريعة «فينتفي نسب ولدها» درر. قال شيخنا : وقد يجاب بأن مراد القدوري بالتصديق الإقرار بالزنا ، لا مجرد قولها « صدقت » وا كتفى عن ذكر التكرار اعتمادا على ما ذكره في بابه . اهـ .

(وإذا كان الزوج) غير أهل للشهادة : بأن كان (عبدا أو كافراً أو محدودا في قذف) وكان أهلا للقذف بأن كان بالغاً عاقلا ناطقا (فقذف امرأته فعليه الحد) والأصلُ أن اللعان إذا سقط لمعنى من جهته فلو القذف صحيحا حد ، وإلا فلا حد

وَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ وَهِيَ أَمَةٌ أَو كَافِرَةٌ أَو مَحْدُودَةٌ فِى قَذْفٍ أَو كَانَتْ مِمَّنْ لا يُحَدُّ قَاذِفُهَا فَلا حَدَّ عَلَيْهِ فِى قَذْفِهَا وَلا لِعَانَ .

وَصِفَةُ اللِّعَانِ : أَنْ يَبْتَدِىءَ القَاضِى بِالزَّوجِ فَيَشْهَدَ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ يَقُولُ فِى كُلِّ مَرَّةٍ : أَشْهَدُ بِاللهِ إِنِّى لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُهَا بِهِ مِنَ الزِّنَا ، ثُمَّ يَقُول فِى الخَامِسَةِ : لَعْنَةُ اللهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الـكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَاهَا بِهِ مِنَ الزِّنَا وَيُشِيرُ إِلَيْهَا فِى جَمِيعِ ذَٰلِكَ ، ثُمَّ تَشْهَدُ المَرْأَةُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ تقولُ فِى كُلِّ مَرَّةٍ أَشْهَدُ بِاللهِ إِنَّهُ لَمِنَ الـكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَانِى بِهِ مِنَ الزِّنَا ، وَتقولُ فِى الخَامِسَةِ : إِنَّ غَضَبَ اللهِ عَلَيْهَا .

ولا لعان ، كما فى الدر .

(و إن كان) الزوج (من أهل الشهادة وهى) غيرُ أهلٍ لها ، لأنها (أمة أو كافرة أو محدودة فى قذف) أو صبية أو مجنونة (أو كانت ممن لا يحد قاذفها) بأن كانت زانية أو موطوءة بشبهة أو نـكاح فاسدٍ (فلا حد عليه فى قذفها) كما لو قذفها أجنبى (ولا لعان) ، لأن خَلَفَهُ ، ولـكنه يعزر ، حسما لهذا الباب .

(وصفة اللعان) مانطق به القرآن ، وحاصله (أن يبتدىء القاضى بالزوج فيشهد) على نفسه (أربع مرات يقول فى كل مرة : أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا) وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يأتى بلفظ المُواجَهَة ، فيقول : فيما رميتك به ، لأنه أقطع للاحتمال ، وجه ماذكره فى الـكتاب ـ وهو ظاهر الرواية ـ أن لفظ الغائب إذا انضمت إليه الإشارة انقطع الاحتمال ، كما فى الهداية (ثم يقول فى الخامسة : لعنة الله عليه إن كان من الـكاذبين فيما رماها به من الزنا) إن قذفها به ، أو نفى الولد إن نفاه وفى النظم يقول له القاضى : اتق الله فإنها مُوجِبة (ويشير) الزوج (إليها فى جميع ذلك ، ثم تشهد المرأة) بعده على نفسها (أربع مرات) أيضاً (تقول فى كل مرة : أشهد بالله إنه لمن الـكاذبين فيما رمانى به من الزنا ، وتقول فى الخامسة : إن غضب الله عليها

إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزِّنَا .

فَإِذَا الْتَعَنَا فَرَّقَ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا ، وَكَانَتِ الْفُرْقَةُ تَطْلِيقَةً بَائِنَةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : تَحْرِيمٌ مُؤَبَّدٌ ، وَإِنْ كَانَ الْقَذْفُ بِوَلَدٍ نَفَى الْقَاضِي نَسَبَهُ وَأَلْحَقَهُ بِأُمِّهِ ،

إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا) ، وإنما خص الغضب في جانبها لأن النساء يتجاسرن باللعن ، فإنهن يستعملن اللعن في كلامهن كثيراً ، كما ورد به الحديث ، فاختير الغضب لتتقي ولا تُقدم عليه .

(فإذا التعنا فرق القاضي بينهما) ولا تقع الفرقة حتى يقضي بها على الزوج فيفارقها بالطلاق ، وإن امتنع من ذلك فرق القاضي بينهما ، وما لم يقض بالفرقة فالزوجية قائمة : فيلحقها الطلاق ، والظهار ، والإيلاء ، ويجري بينهما التوارث ، كما في الجوهرة (وكانت الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد) لأنها بتفريق القاضي كما في العنين ، ولها النفقة والسكنى في عدتها ، ويثبت نسب ولدها إلى سنتين إن كانت معتدة ، وإن لم تكن معتدة فإلى ستة أشهر . جوهرة (وقال أبو يوسف) : يقع (تحريم مؤبد) ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً » ولهما أن الإكذاب رجوع ، والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ، ولا يجتمعان ما كانا متلاعنين ، ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الإكذاب فيجتمعان . هداية ، قال الإسبيجابي : والصحيح قولهما تصحيح (وإن كان القذف) من الزوج (بولد) أي بنفي نسب ولدها (نفى القاضي نسبه) عن أبيه (وألحقه بأمه) ويشترط في نفي الولد : أن تكون المرأة من أهل الشهادة من حين العلوق إلى حين الوضع ، حتى لو كانت حين الوضع[1] كتابية أو أمة ثم أسلمت أو عتقت لا ينتفي ولدها ، لأنها لما علقت وليست من أهل اللعان ثبت نسب ولدها ثبوتاً لا يلحقه الفسخ ، فلا يتغير بعد ذلك بتغير حالها كما في الجوهرة .

---

(١) كذا ، ولعله « لو كانت حين العلوق » ليتفق مع قوله « لأنها لما علقت ... إلخ » .

فإنْ عادَ الزَّوْجُ فأَكْذَبَ نفسَهُ حَدَّهُ القاضى وحَلّ لهُ أنْ يتزوّجها ، وَكَذلكَ إنْ قذفَ غيرَهَا فَحُدَّ أو زَنَتْ فَحُدَّتْ .

وَإذا قَذَفَ امْرأَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ أَوْ مَجْنُونَةٌ فَلاَ لِعَانَ بَيْنَهُما ، وَقَذْفُ الأَخْرَسِ لا يَتَعَلَّقُ بِهِ اللّعَانُ ، وَإِذا قالَ الزَّوْجُ « لَيْسَ حَمْلُكِ مِنِّى » فلاَ لِعَانَ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ قالَ : « زَنَيْتِ وهَذا الحَمْلُ مِنَ الزِّنا » تَلاعَنَا ولمْ يَنْفِ القاضِى الحَمْلَ .

(فإن عاد الزوج فأكذب نفسه) ولو دلالة : بأن مات الولد المنفى عن مال فادعى نسبه (حده القاضى) حَدَّ القذفِ ؛ لإقراره بوجوبه عليه (وحل له أن يتزوجها) ؛ لأنه لما حُدَّ لم يبق أهلا للعان ، فارتفع حكمه المنوط به ، وهو التحريم (وكذلك) أى يجوز له أن يتزوجها (إن قذف غيرها فحد) لما بينا (أو زنت) هى أو قذفت (فحدت) لانتفاء أهلية اللعان من جانبها ، والحاصل أن له تزوجها إذا خرجا أو أحدهما عن أهلية اللعان كما فى الدر .

* * *

(وإذا قذف) الرجل (امرأته وهى صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما) ، لأنه لا يحد قاذفها لو كان أجنبيا ، فكذا لا يلاعن الزوج ، لقيامه مقامه (وقذف الأخرس لا يتعلق به اللعان) ، لأنه يتعلق بالتصريح كحد القذف ، وقَذْفُه لا يعرى عن شبهة ، والحدود تندرىء بالشبهة (وإذا قال الزوج) لامرأته الحامل (ليس حملك منى فلا لعان) وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر ، وهذا قول أبى حنيفة وزفر ، لأنه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا ، وقال أبو يوسف ومحمد : يجب اللعان إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر ، لتيقن الحمل عنده فيتحقق القذف ، وأجيب بأنه إذا لم يكن قاذفا فى الحال يصير كالمعلق ، والقذف لا يصح تعليقه بالشرط ، ومشى على قول الإمام البرهانى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة . تصحيح (وإذا قال) الزوج لامرأته الحامل : (زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا) لوجود القذف بصريح الزنا (ولم ينف القاضى الحمل) عن القاذف ، لأن

وَإذا نَفى الرَّجُلُ وَلَدَ امْرَأتِهِ عَقِيبَ الوِلادَةِ ، أو في الحَالِ الَّتِي تُقْبَلُ التَّهْنِئَةُ أو تُبْتَاعُ لَهُ آلَةُ الوِلادَةِ صَحَّ نَفْيُهُ وَلاعَنَ بِهِ ، وَإنْ نَفَاهُ بَعْدَ ذٰلِكَ لاعَنَ وَثَبَتَ النَّسَبُ. وَقالَ أبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يَصِحُّ نَفْيُهُ فِي مُدَّةِ النِّفَاسِ ، وَإذا وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فِي بَطْنٍ وَاحِدٍ فَنَفَى الأوَّلَ واعْتَرَفَ بالثَّانِي ثَبَتَ نَسَبُهُمَا وَحُدَّ الزَّوْجُ ، وَإنِ اعْتَرَفَ بالأوَّلِ وَنَفَى الثَّانِي ثَبَتَ نَسَبُهُمَا وَلاعَنَ.

تلاعنهما بسبب قوله « زنيت » لا بنفي الحمل ، على أن الحمل لا تترتب عليه الأحكام إلا بعد الولادة .

(وإذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة أو في الحال) أى المدة (التى تقبل) فيها (التهنئة) ومدتها سبعة أيام عادة كما في النهاية (أو تبتاع له) أى تشترى فيها (آلة الولادة صح نفيه)؛ لاحتياجه إلى نفي ولد غيره عن نفسه، ولم يوجد منه الاعتراف صريحاً ولا دلالة (ولاعن به) لأنه بالنفي صار قاذفاً (وإن نفاه بعد ذلك لاعن وثبت النسب)؛ لأنه ثبت نسبه بوجود الاعتراف منه دلالة ، وهو السكوت وقبول التهنئة؛ فلا ينتفى بعد ذلك، وهذا عند أبى حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد : يصح نفيه في مدة النفاس)؛ لأن النفي يصح في مدة قصيرة ، ولا يصح في مدة طويلة، ففصلنا بينهما بمدة النفاس؛ لأنه أثر الولادة ، وله أنه لا معنى للتقدير؛ لأن الزمان للتأمل، وأحوال الناس فيه مختلفة، فاعتبرنا ما يدل عليه، وهو قبول التهنئة، أو سكوته عندها، أو ابتياعه متاع الولادة أو مضيّ ذلك الوقت ، هداية . قال الإمام أبو المعالى: والصحيح قول أبى حنيفة، واعتمده المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة، تصحيح. ولو كان الزوج غائباً فحالة علمه كحالة ولادتها (وإذا ولدت) المرأة (ولدين فى بطن واحد) وهو أن يكون بينهما أقل من ستة أشهر (فنفى) الزوج الولد (الأول واعترف بالثانى ثبت نسبهما) ، لأنهما توأمان خلقا من ماء واحد (وحد الزوج) ؛لأنه أكذب نفسه بدعوى الثانى (وإن اعترف بالأول ونفى الثانى ثبت نسبهما) لما تقدم (ولاعن)،لأنه صار قاذفاً بنفى الثانى، والإقرار بالعفة سابق على القذف ، فصار كأنه أقر بعفتها ثم قذفها بالزنا .

كتاب العِدّة

إذا طَلّقَ الرَّجُلُ امْرَأتَهُ طَلَاقًا بائِنًا أوْ رَجْعِيًّا أوْ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا بغَيْرِ طَلَاقٍ وَهِيَ حُرَّةٌ مِمَّنْ تَحِيضُ فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أقْرَاءٍ ، وَالأقْرَاءُ : الْحَيْضُ ، وَإنْ كَانَتْ لا تَحِيضُ مِنْ صِغَرٍ أوْ كِبَرٍ فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أشْهُرٍ ، وَإنْ كَانَتْ حَامِلاً فَعِدَّتُهَا أنْ تَضَعَ حَمْلَهَا ، وَإنْ كَانَتْ أمَةً فَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ، وَإنْ كَانَتْ لا تَحِيضُ فَعِدَّتُهَا شَهْرٌ وَنِصْفٌ ،

كتاب العدة

هى لغة : الإحصاء ، وشرعاً : تربُّصٌ يلزم المرأة عند زوال النكاح أو شبهته، وسمى التربص «عدة» لأن المرأة تحصى الأيام المضروبة عليها وتنتظر الفرج الموعود لها

(إذا طلق الرجل امرأته) المدخول بها سواء كان (طلاقاً بائناً أو رجعيا أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق) كأن حرمت عليه بوجه من الوجوه السابقة : كتمكين ابن الزوج ، ونحو ذلك مما يوجب الفرقة (وهى حرة) و (ممن تحيض فعدتها ثلاثة أقراء) كوامل من وقت الطلاق أو الفرقة، فلو طلقت فى الحيض لم يعتدّ من العدة (والأقراء) هى (الحيض) عندنا ، لأن الحيض مُعَرِّف لبراءة الرحم، وهو المقصود (وإن كانت) ممن (لا تحيض من صغر) أو بلوغ بالسن (أو كبر) بأن بلغت سن الإياس (فعدتها ثلاثة أشهر) قيدنا الكبر ببلوغ سن الإياس لأنه إذا كانت ممن تحيض فامتدّ طهرها فإن عدتها بالحيض ما لم تدخل فى حد الإياس .جوهرة (وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها)، وهذا إذا كانت حرة (وإن كانت أمة فعدتها) إذا كانت ممن تحيض (حيضتان) لأن الرق منصِّفٌ، والحيضة لا تتجزأ ، فكملت فصارت حيضتين (وإن كانت) ممن (لا تحيض فعدتها شهر ونصف) ، لأن الشهر متجزىء فأمكن تنصيفه عملا بالرق ، وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها كالحرة.

وَإذا ماتَ الرَّجُلُ عَنِ امْرَأَتِهِ الْحُرَّةِ فَعِدَّتُهَا أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ ، وَإنْ كانَتْ أَمَةً فَعِدَّتُهَا شَهْرَانِ وَخَمْسَةُ أَيَّامٍ ، وَإنْ كانتْ حَامِلاً فَعِدَّتُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا ، وَإذا وَرِثَتْ الْمُطَلَّقَةُ فى المَرَضِ فَعِدَّتُها أَبْعَدُ الأَجَلَيْنِ .

فإنْ أُعْتِقَتِ الأَمَةُ فى عِدَّتِهَا مِنْ طَلَاقٍ رَجْعِىٍّ انْتَقَلَتْ عِدَّتُهَا إلى عِدَّةِ الْحَرَائِرِ ، وَإنْ أُعْتِقَتْ وَهِىَ مَبْتُوتَةٌ أَوْ مُتَوَفًّى عَنْهَا زَوْجُهَا لَمْ تَنْتَقِلْ عِدَّتُهَا ، وَإنْ كانتْ آيِسَةً فَاعْتَدَّتْ بالشُّهُورِ ثُمَّ رَأَتِ الدَّمَ انْتَقَضَ

(وإذا مات الرجل عن امرأته الحرة) دخل بها أولا ، صغيرة كانت أو كبيرة ، مسلمة أو كتابية ، حاضت فى المدة أو لم تحض ، كما فى خزانة المفتين (فعدتها أربعة أشهر وعشرة) أيام ، لقوله تعالى « ويذرون أزواجاً يتربَّصْنَ بأنفسهنَّ أربعة أشهر وعشراً » ، (وإن كانت أمة فعدتها شهران وخمسة أيام) ؛ لأن الرق منصف كما مر (وإن كانت) امرأة الميت (حاملا فعدتها أن تضع حملها) أيضاً ، لإطلاق قوله تعالى : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » ، (وإذا ورثت المطلقة) بائناً (فى المرض) بأن كان الطلاق فراراً من إرثها ومات وهى فى العدة (فعدتها أبعد الأجلين) من عدة الوفاة وعدة الطلاق احتياطاً : بأن تتربص أربعة أشهر وعشراً من وقت الموت ، فإن لم تَرَ فيها حيضاً تعتد بعدها بثلاث حيض ، حتى لو امتد طهرها تبقى عدتها حتى تبلغ الإياس كما فى الفتح ، قال كمال الإسلام فى شرحه : وهذا قول أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : عدتها ثلاث حيض ، والصحيح قولهما ، واعتمده المحبوبى والنسفى وغيرهما . تصحيح ، قيدنا الطلاق بالبائن لأنه إذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة إجماعا كما فى الهداية .

(فإن أعتقت الأمة فى عدتها من طلاق رجعى انتقلت عدتها) من عدة الإماء (إلى عدة الحرائر) لأن الزوجية باقية (وإن أعتقت وهى مبتوتة أو متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها) ؛ لزوال النكاح بالبينونة والموت (وإن كانت) المرأة (آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم) على جارى عادتها أو حبلت من زوج آخر (انتقض

مَا مَضَى مِنْ عِدَّتِهَا وَكَانَ عَلَيْهَا أَنْ تَسْتَأْنِفَ العِدَّةَ بِالْحَيْضِ ،

وَالْمَنْكُوحَةُ نِكَاحاً فَاسِداً وَالْمَوْطُوءَةُ بِشُبْهَةٍ عِدَّتُهَا الْحَيْضُ فِى الْفُرْقَةِ وَالْمَوْتِ .

وَإِذَا مَاتَ مَوْلَى أُمِّ الْوَلَدِ عَنْهَا أَوْ أَعْتَقَهَا فَعِدَّتُهَا ثَلَاثُ حِيَضٍ .

مامضى من عدتها) وفسد نكاحها (وكان عليها أن تستأنف العدة بالحيض) قال فى الهداية : ومعناه إذا رأت الدم على العادة ، لأن عَوْدَها يُبطل الإياس ، وهو الصحيح ، قال فى التصحيح : يحترز بهذا الصحيح عما فصَّله فى زاد الفقهاء فقال : المختار عندنا أنها إذا رأت الدم قبل الاعتداد بالأشهر يبطل الاعتداد بالأشهر ، وإذا رأت بعد الاعتداد بالأشهر لا يبطل ، قال نجم الأئمة : هذا هو الأصح والمختار للفتوى ، قال فى الذخيرة : وكان الصدر الشهيد حسام الدين يفتى بأنها لو رأت الدم بعد ذلك على أى صفة رأت يكون حيضاً ، ويفتى ببطلان الاعتداد بالأشهر إن كانت رأت الدم قبل الاعتداد بالأشهر ، ولا يفتى ببطلان الاعتداد بالأشهر بعد تمام الاعتداد بها ، قُضِىَ بجواز الأنكحة أم لا ، قال فى مجموع النوازل : هو الأصح ، قلت : وهذا التصحيح أولى من تصحيح فخر الدين فى الهداية ، وقد حقق وجهه فى فتح القدير . اهـ .

(والمنكوحة نكاحاً فاسداً) المدخول بها (والموطوءة بشبهة عدتها الحيض) إن كانت ممن تحيض ، والأَشْهُرُ إن كانت ممن لا تحيض (فى الفرقة والموت) ؛ لأنها للتعرف عن براءة الرحم ، لا لقضاء حق النكاح ، والحيض هو المعرِّفُ ، والأشهر قائمة مقام الحيض .

(وإذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها) ولم تكن تحت زوج ولا معتدة (فعدتها ثلاث حيض) إن كانت من ذوات الحيض ، وثلاثة أشهر إن كانت من ذوات الأشهر ؛ لأنها وجبت بالوطء لا بالنكاح ، ووجبت وهى حرة ، فتكون ثلاث حيض أو ما يقوم مقامها كما فى الوطء بشبهة . قيد بأم الولد لأن القِنَّةَ والمدبَّرة إذا أعتقهما المولى أو مات

وَإِذَا مَاتَ الصَّغِيرُ عَنِ امْرَأَتِهِ وَبِهَا حَبَلٌ فَعِدَّتُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا ، وَإِنْ حَدَثَ الْحَبَلُ بَعْدَ الْمَوْتِ فَعِدَّتُهَا أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ .

وإذا طلّق الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي حَالِ الْحَيْضِ لَمْ تَعْتَدَّ بِالْحَيْضَةِ الَّتِي وَقَعَ فيها الطلاقُ ، وإذا وُطِئَتِ الْمُعْتَدَّةُ بِشُبْهَةٍ فعليها عِدَّةٌ أُخْرَى ، وتَدَاخَلَتِ الْعِدَّتَانِ ، فَيَكُونُ مَا تَرَاهُ مِنَ الْحَيْضِ مُحْتَسَباً بِهِ مِنْهُمَا جَمِيعاً ،

عنهما لا عدة عليهما ؛ لعدم الفراش ، وقيدنا بأن لا تكون متزوجة ولا معتدة ؛ لأنها إذا كانت متزوجة أو معتدة ومات مولاها أو أعتقها فلا عدة عليها ؛ لأنها ليست فراشاً له .

(وإذا مات الصغير) الذى لا يتأتى منه الإحبال (عن امرأته وبها حبل) محقق وذلك بأن تضع لدون ستة أشهر من موته (فعدتها أن تضع حملها) لإطلاق قوله تعالى: «وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن» قال فى الهداية : وهذا عند أبى حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: عدتها أربعة أشهر وعشر ؛ لأن الحمل ليس بثابت النسب منه ، فصار كالحادث بعد الموت. اهـ. قال جمال الإسلام : الصحيح قولهما، واعتمده البرهانى والنسفى وغيرهما . تصحيح . قيدنا الحبل بالمحقق لأنه إذا كان محتملا – بأن ولدت لأكثر من ستة أشهر – فعليها عدة الوفاة اتفاقا كما فى التصحيح (فإن حدث الحبل بعد الموت فعدتها أربعة أشهر وعشر) ؛ لأنها وجبت عند الموت كذلك، فلا تتغير بعده ، ولا يثبت نسب الولد فى الوجهين ، لأن الصبى لا ماء له ، فلا يتصور منه العلوق ، والنكاح يقام مقامه فى موضع التصور ، هداية .

* * *

(وإذا طلق الرجل امرأته فى حال الحيض لم تعتد) المرأة (بالحيضة التى وقع فيها الطلاق)؛ لأنه انقضى بعضها، ولا يقع الاعتداد إلا بالكاملة (وإذا وطئت المعتدة بشبهة) ولو من المطلق (فعليها عدة أخرى) لتجدد السبب (وتداخلت العدتان فيكون ما تراه من الحيض) فى تلك المدة (محتسباً به منهما جميعاً) ، لأن المقصود هو التعرف عن

وَإِذَا انْقَضَتِ الْعِدَّةُ الْأُولَى وَلَمْ تَكْمُلِ الثَّانِيَةُ فَإِنَّ عَلَيْهَا تَمَامَ الْعِدَّةِ الثَّانِيَةِ.
وَابْتِدَاءُ الْعِدَّةِ فِي الطَّلَاقِ عَقِيبَ الطَّلَاقِ ، وَفِي الْوَفَاةِ عَقِيبَ الْوَفَاةِ ، فَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ بِالطَّلَاقِ أَوِ الْوَفَاةِ حَتَّى مَضَتْ مُدَّةُ الْعِدَّةِ فَقَدِ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَالْعِدَّةُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ عَقِيبَ التَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا ، أَوْ عَزْمِ الْوَاطِيءِ عَلَى تَرْكِ وَطْئِهَا ،

فراغ الرحم ، وقد حصل (وإذا انقضت العدة الأولى ولم تكمل) العدة (الثانية فإن عليها تمام العدة الثانية) فإذا كان الوطء الثانى بعدما رأت حيضة كانت الأولى من العدة الأولى والثنتان بعدها من العدتين ، وتجب رابعة لتتم الثانية ، وإن كان الوطء قبل رؤية الحيض فلا شيء عليها إلا ثلاث حيض، وهي تنوب عن ست حيض، كما فى الدرر

(وابتداء العدة فى الطلاق عقيب الطلاق ، وفى الوفاة عقيب الوفاة)، لأنهما السبب فى وجوبها ، فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب) فإن لم تعلم بالطلاق والوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها)، لأن العدة هى مضى الزمان، فإذا مضت المدة انقضت العدة ، قال فى الهداية: ومشايخنا يفتون فى الطلاق أن ابتداءها من وقت الإقرار، نفيا لتهمة المواضعة، اه قال فى التصحيح: يعنى أن مشايخ بخارى وسمرقند يفتون أن من أقر بطلاق سابق وصدقته الزوجة وهما من مظان التهمة لا يصدق فى الإسناد، ويكون ابتداء العدة من وقت الإقرار ، ولا نفقة ولا سكنى للزوجة لتصديقها، قال الإمام أبو على السندى : ماذكر محمد من أن ابتداء العدة من وقت الطلاق محمول على ما إذا كانا متفرقين من الوقت الذى أسند الطلاق إليه، أما إذا كانا مجتمعين فالكذب فى كلامهما ظاهر ، فلا يصدقان فى الإسناد .اه (والعدة فى النكاح الفاسد) ابتداؤها (عقيب التفريق) من القاضى (بينهما أو) إظهار (عزم الواطىء على ترك وطئها) بأن يقول بلسانه : تركت وطئها ،أو تركتها ، أو خليت سبيلها، ونحوه، ومنه الطلاق، أما مجرد العزم فلا عبرة به، وهذا فى المدخولة، أما غيرها فيكفى تفرق الأبدان، والخلوة فى النكاح

وَعَلَى الْمَبْتُوتَةِ ، وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا ـ إِذَا كَانَتْ بَالِغَةً مُسْلِمَةً ـ الإِحْدَادُ ، وَهُوَ : تَرْكُ الطِّيبِ وَالزِّينَةِ وَالدُّهْنِ وَالْكُحْلِ إِلاَّ مِنْ عُذْرٍ ، وَلاَ تَخْتَضِبُ بِالْحِنَّاءِ ، وَلاَ تَلْبَسُ ثَوْباً مَصْبُوغاً بِعُصْفُرٍ وَلاَ بِزَعْفَرَانٍ ، وَلاَ إِحْدَادَ عَلَى كَافِرَةٍ ، وَلاَ صَغِيرَةٍ ، وَعَلَى الأَمَةِ الإِحْدَادُ ، وَلَيْسَ فِي عِدَّةِ النِّكَاحِ الْفَاسِدِ وَلاَ فِي عِدَّةِ أُمِّ الْوَلَدِ إِحْدَادٌ .

وَلاَ يَنْبَغِي أَنْ تُخْطَبَ الْمُعْتَدَّةُ ، وَلاَ بَأْسَ بِالتَّعْرِيضِ فِي الْخِطْبَةِ .

الفاسد لا توجب العدة ، والطلاق فيه لا ينقص العدد ، لأنه فسخ ، جوهرة

(و) يجب (على المبتوتة والمتوفى عنها زوجها إذا كانت بالغة مسلمة) ولو أمة (الإحداد) وإن أمرها المطلق أو الميت بتركه ، لأنه حق الشرع ، إظهاراً للتأسف على فوات نعمة النكاح ، وذلك (بترك الطيب والزينة) بحلى أو حرير (والدهن) ولو بلا طيب كزيت خالص (والكحل ، إلا من عذر) راجع للجميع ، إذ الضرورات تبيح المحظورات (ولا تختضب بالحناء ولا تلبس ثوباً مصبوغاً بعصفر ولا زعفران) ولا ورس لأن هذه الأشياء دواعي الرغبة فيها ، وهي ممنوعة ، فتجتنبها كيلا تصير ذريعة الوقوع في المحرم (ولا إحداد على كافرة) لأنها غير مخاطبة بحقوق الشرع (ولا) على (صغيرة) لأن الخطاب موضوع عنها (وعلى الأمة الإحداد) لأنها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه إبطال حق المولى ، بخلاف المنع من الخروج ، لأن فيه إبطال حقه ، وحق العبد مقدم لحاجته (وليس في عدة النكاح الفاسد ولا في عدة أم الولد إحداد) ، لأنه لإظهار التأسف على فوات نعمة النكاح ، ولم يفتهما ذلك

(ولا ينبغي) بل يحرم (أن تخطب المعتدة) أي معتدة كانت (ولا بأس بالتعريض في الخطبة) لقوله تعالى : « ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء » إلى أن قال : « ولكن لا تواعدوهن سراً ، إلا أن تقولوا قولاً معروفاً » قال عليه الصلاة والسلام : « السر النكاح » وقال ابن عباس رضي الله عنهما : التعريض أن يقول : إني

وَلا يَجُوزُ لِلْمُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ وَالْمَبْتُوتَةِ الْخُرُوجُ مِنْ بَيْتِهَا لَيْلاً وَلاَ نَهَاراً، وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا تَخْرُجُ نَهَاراً وَبَعْضَ اللَّيْلِ، وَلاَ تَبِيتُ فِي غَيْرِ مَنْزِلِهَا، وَعَلَى الْمُعْتَدَّةِ أَنْ تَعْتَدَّ فِي الْمَنْزِلِ الَّذِي يُضَافُ إِلَيْهَا بِالسُّكْنَى حَالَ وُقُوعِ الْفُرْقَةِ، فَإِنْ كَانَ نَصِيبُهَا مِنْ دَارِ الْمَيِّتِ لاَ يَكْفِيهَا وَأَخْرَجَهَا الْوَرَثَةُ مِنْ نَصِيبِهِمْ انْتَقَلَتْ،

أريد أن أتزوج ، وعن سعيد بن جبير في القول المعروف : إني فيك لراغب، وإني أريد أن نجتمع . هداية

(ولا يجوز المطلقة الرجعية والمبتوتة) الحرة (الخروج من بيتها ليلا ولا نهاراً) ؛ لأن نفقتها واجبة على الزوج ،فلا حاجة إلى الخروج ، كالزوجة، حتى لو اختلعت على أن لا نفقة لها ، قيل: تخرج نهاراً لمعاشها ، وقيل: لا ، وهو الأصح ، لأنها هي التي اختارت إسقاط نفقتها، كالمختلعة على أن لا سكنى لها،لا يجوز لها الخروج اختياراً ، فيلزمها أن تكترى بيت الزوج، معراج. قيد بالحرة لأن الأمة تخرج في حاجة المولى كما مر (والمتوفى عنها زوجها تخرج نهاراً و بعض الليل)،لأنه لا نفقة لها،فتضطر إلى الخروج لإصلاح معاشها،وربما يمتد ذلك إلى الليل،حتى لو كان عندها كفايتها صارت كالمطلقة فلا يحل لها الخروج ،فتح (ولا تبيت في غير منزلها) لعدم الاضطرار إليه (و) يجب (على المعتدة أن تعتد في المنزل الذي يضاف إليها بالسكنى حال وقوع الفرقة) حتى لو طلقت وهي في غير منزلها عادت إليه فوراً فتعتد فيه (فإن كان نصيبها من دار)زوجها (الميت لا يكفيها) لضيقه (فأخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت) إلى حيث شاءت،لأن هذا الانتقال بعذر،والعبادات تؤثر فيها الأعذار،وصار كما إذا خافت على متاعها،أو خافت سقوط المنزل،أو كانت فيه بأجر ولا تجد ما تؤديه. ثم إن وقعت الفرقة بطلاق بائن أو ثلاث لابد من سترة بينهما ، ثم لا بأس به مع السترة ، لأنه معترف بالحرمة ، إلا أن يكون فاسقا يخاف عليها منه ، فحينئذ تخرج ، لأنه عذر ، ولا تخرج عما انتقلت إليه، والأولى أن يخرج هو و يتركها،وإن جعلا بينهما امرأة ثقة

وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يُسافِرَ الزَّوْجُ بِالمطَلَّقةِ الرَّجْعِيَّةِ .

وَإِذا طلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طَلاَقًا بَائِنًا ثُمَّ تزَوَّجَهَا فِي عِدَّتِهَا وَطَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا فعَلَيْهِ مَهْرٌ كامِلٌ وَعَلَيْهَا عِدَّةٌ مُسْتَقْبَلَةٌ . وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَهَا نِصْفُ المَهْرِ وعَلَيْهَا إِتْمَامُ العِدَّةِ الأُولَى ،

وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ المُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِسَنَتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ

تقدر على الحيلولة فحسن . هداية .

(ولا يجوز أن يسافر الزوج بالمطلقة الرجعية)، لعموم قوله تعالى: « ولا تخرجوهن من بيوتهن » فيتناول الزوج وغيره، وقال زفر: له ذلك، بناء على أن السفر عنده رجعة إذ لا يسافر بها إلا وهو يريد إمساكها، فلا يكون إخراجا للمعتدة، قيدنا بالرجعية لأن المُبانة لا يجوز السفر بها اتفاقاً، وإن أبانها أو طلقها فى سفر و بينها و بين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت إلى مصرها ، وإن كان ثلاثة أيام خيرت ، والعود أفضل إلا أن تكون فى مصر فإنها لا تخرج حتى تعتد كما فى الهداية .

(وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها فى عدتها) منه (وطلقها) ثانيا (قبل أن يدخل) أو يختلى (بها فعليه مهر كامل ،وعليها عدة مستقبلة) لأنها مقبوضة بيده بالوطأة الأولى، و بقى أثره ـ وهو العدة ـ فإذا جدد النكاح وهى مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض الواجب فى النكاح ، فيكون طلاقاً بعد الدخول . درر . وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف (وقال محمد : لها نصف المهر ، وعليها إتمام العدة الأولى) ؛ لأنه طلاق قبل المسيس ، فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة ، و إكمال العدة الأولى إنما وجب بالطلاق الأول ، هداية . قال الإسبيجابى : الصحيح قولهما ، واختاره المحبوبى والنسفى وغيرهما ، تصحيح .

(و يثبت نسب ولد المطلقة الرجعية إذا جاءت به) أى الولد (لسنتين أو أكثر)

مَا لَمْ تُقِرَّ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ بَانَتْ مِنْهُ ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ ثَبَتَ نَسَبُهُ وَكَانَتْ رَجْعَةً .

وَالمَبْتُوتَةُ يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ ، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِتَمَامِ سَنَتَيْنِ مِنْ يَوْمِ الْفُرْقَةِ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ إِلاَّ أَنْ يَدَّعِيَهُ .

ولو طالت المدة، لاحتمال امتداد طهرها وعلوقها فى العدة (مالم تقر بانقضاء عدتها) والمدة تحتمله (وإن جاءت به لأقل من سنتين بانت منه) أى من زوجها بانقضاء العدة وثبت نسبه لوجود العلوق فى النكاح أو فى العدة؛ ولا يصير مراجعة ، لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعاً بالشك ، هداية (وإن جاءت به لأكثر من سنتين ثبت نسبه وكانت رجعة) : لأن العلوق بعد الطلاق ، إذ الحمل لا يبقى أكثر من سنتين ، والظاهر أنه منه لانتفاء الزنا من المسلم ، فحمل أمره على أنه وطئها فى العدة فيصير مراجعاً .

(والمبتوتة يثبت نسب ولدها) بلا دعوى ، مالم تقر بانقضاء العدة كامر (إذا جاءت به لأقل من سنتين) لأنه يحتمل أن يكون الولد قائماً وقت الطلاق ، فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق ، فيثبت نسبه احتياطاً (وإن جاءت به لتمام سنتين من يوم الفرقة لم يثبت نسبه) من الزوج ، لأنه [illegible] بعد الطلاق ، فلا يكون منه ، لأن وطأها حرام (إلا أن يدعيه) الزوج ، لأنه التزمه ، وله وجه بأن وطئها بشبهة فى العدة ، قال فى الهداية : فإن كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتى به لأقل من تسعة أشهر عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : يثبت النسب منه إلى سنتين ، لأنها معتدة يحتمل أن تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة ، فأشبهت الكبيرة ، ولهما أن لانقضاء عدتها جهة متعينة ـ وهى الأشهر ـ وبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء ، وهو بالدلالة فوق إقرارها لأنه لا يحتمل الخلاف . اه .

وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا مَا بَيْنَ الْوَفَاةِ وَبَيْنَ سَنَتَيْنِ .

وَإِذَا اعْتَرَفَتِ الْمُعْتَدَّةُ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ثُمَّ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ثَبَتَ نَسَبُهُ ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ .

وَإِذَا وَلَدَتِ الْمُعْتَدَّةُ وَلَدًا لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلاَّ أَنْ يَشْهَدَ بِوِلاَدَتِهَا رَجُلاَنِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ حَبَلٌ ظَاهِرٌ أَوِ اعْتِرَافٌ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجِ ، فَيَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْ غَيْرِ شَهَادَةٍ .

(ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها) ولو غير مدخول بها ، إذا لم تقر بانقضاء عدتها (ما بين الوفاة وبين سنتين) وقال زفر : إذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة أشهر لا يثبت النسب ؛ لأن الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما إذا أقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة ، إلا أنا نقول : لانقضاء عدتها جهة أخرى ، وهو وضع الحمل ، بخلاف الصغيرة ؛ لأن الأصل فيها عدم الحمل ؛ لأنها ليست بمحل قبل البلوغ . هداية .

(وإذا اعترفت المعتدة) مطلقاً (بانقضاء عدتها) والمدة تحتمله (ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر) من وقت الإقرار (ثبت نسبه) ؛ لظهور كذبها بيقين ، فبطل الإقرار (وإن جاءت به لستة أشهر) فأكثر (لم يثبت نسبه) ؛ لأنه علم بالإقرار أنه حدث بعده ، لأنها أمينة في الإخبار ، وقول الأمين مقبول إلا إذا تحقق كذبه .

(وإذا ولدت المعتدة ولدا) وجُحِدَتْ ولادتها (لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة إلا) بحجة تامة ، وهي (أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان) ؛ لأنه حق مقصود فلا يثبت إلا بحجة كاملة ، وتصوُّرُ اطلاع الرجال عليه مع جوازه للضرورة كاف في اعتباره (إلا أن يكون هناك حبل ظاهر) وهل تكفي الشهادة بكونه ظاهراً ؟ في البحر بحثا نعم (أو اعتراف من قبل الزوج) بالحبل (فيثبت النسب من غير شهادة) يعني

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يَثْبُتُ فِي الْجَمِيعِ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ .

وَإِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مُنْذُ يَوْمِ تَزَوَّجَهَا لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِداً ثَبَتَ نَسَبُهُ إِنِ اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ أَوْ سَكَتَ ، وَإِنْ جَحَدَ الْوِلَادَةَ ثَبَتَ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ تَشْهَدُ بِالْوِلَادَةِ .

وَأَكْثَرُ مُدَّةِ الْحَمْلِ سَنَتَانِ ، وَأَقَلُّهُ سِتَّةُ أَشْهُرٍ .

وَإِذَا طَلَّقَ الذِّمِّيُّ الذِّمِّيَّةَ فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا .

تامة لأنه إذا كان هناك حمل ظاهر وأنكر الزوج الولادة فلا بد أن تشهد بولادتها القابلة لجواز أن تكون ولدت ولداً ميتاً وأرادت إلزامه ولداً غيره ، جوهرة (وقالا : يثبت فى الجميع بشهادة امرأة واحدة) لأن الفراش قائم بقيام العدة ، وهو مُلْزِم للنسب ، والحاجة إلى تعيين الولد ، فيتعين بشهادتهما كما فى حال قيام النكاح، هداية. قال فى التصحيح : واعتمد قولَ الإمام المحبوبيُّ والنسفى وصدر الشريعة .

(وإذا تزوج) الرجل (امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه) لتحقق سبق العلوق على النكاح (وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدا يثبت نسبه إن اعترف به الزوج أوسكت) ، لأن الفراش قائم ، والمدة تامة (وإن جحد) الزوج (الولادة يثبت) نسبه (بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة) ، لأن النسب ثابت بالفراش، والحاجة إلى تعيين الولد ، وهو يتعين بشهادة المرأة كما مر.

(وأكثر مدة الحمل سنتان) ، لقول عائشة رضى الله عنها : « الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين ، ولو بظل مغزل » والظاهر أنها قالته سماعاً ، إذ العقل لا يهتدى إليه . هداية (وأقله ستة أشهر) لقوله تعالى « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » ثم قال : « وفصاله فى عامين » فبقى للحمل ستة أشهر .

(وإذا طلق الذمى الذمية) أو مات عنها (فلا عدة عليها) عند أبى حنيفة ، إذا

وَإِذا تزَوَّجَتِ الْحَامِلُ مِنَ الزِّنا جَازَ النِّكَاحُ ، وَلاَ يطَؤُهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا ، وَاللهُ أَعْلَمُ .

كتاب النفقات

النَّفَقَةُ واجِبَةٌ لِلزَّوْجَةِ عَلَى زَوْجِهَا ،مُسْلِمَةً كَانَتْ أَوْ كَافِرَةً ، إِذَا سَلَّمَتْ نَفْسَهَا فِي مَنْزِلِهِ

كان ذلك في دينهم، لأنها إنما تجب لحق الله تعالى وحق الزوج، وهي غير مخاطبة بحقوق الله تعالى كالصلاة والصوم ،والزوج قد أسقط حقه ،لعدم اعتقاده حقيتها كما في الجوهرة، قال جمال الإسلام في شرحه :وقال أبو يوسف ومحمد : عليها العدة ،والصحيح قوله ، واعتمده المحبوبي والنسفي وغيرهما . تصحيح .

(وإن تزوجت الحامل من الزنا جاز النكاح)لأن ماء الزاني لا حرمة له(و)لكن (لا يطؤها حتى تضع حملها)لئلا يسقي ماءه زرعَ غيره، إلا أن يكون هو الزاني .قال الإسبيجابي: وهذا قول أبي حنيفة ومحمد،وقال أبو يوسف:لايجوز ، والصحيح قوله، ومشى عليه الأئمة المحبوبي والنسفي والموصلي وصدر الشريعة . تصحيح .

كتاب النفقات

جمع نفقة ،وهي لغةً : ماينفقه الإنسان على عياله ،وشرعاً ــ كما قال هشام :سألت الإمام محمدا عن النفقة ، فقال : هي الطعام والكسوة والسكنى .

وتجب بأسباب ثلاثة : زوجية ، وقرابة ، وملك

ولما كانت الزوجية أصل النسب،والنسب أقوى من الملك ــ بدأ بالزوجية فقال: (والنفقة واجبة للزوجة على زوجها) ولو صغيرا ، أو فقيراً (مسلمة كانت)الزوجة (أو كافرة) فقيرة أو غنية ، موطوءة أولا، ولو رتقاء أو قرناء أو معتوهة أو كبيرة لا توطأ أو صغيرة لا تطيق الوطء ولا تصلح للخدمة أو للاستئناس (إذا سلمت نفسها)للزوج (في منزله)قال في التصحيح: هذه رواية عن أبي يوسف، وظاهر الرواية ما في المبسوط

فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها .

يعتبر ذلك بحالهما جميعاً ، موسراً كان الزوج أو معسراً .

فإن امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة .

وإن نشزت فلا نفقة لها حتى تعود إلى منزله .

والمحيط من أنها تجب لها قبل الدخول والتحول إذا لم تمتنع عن المقام معه اهـ (فعليه نفقتها) أى العرفية، وهى : المأكول ، والمشروب (وكسوتها وسكناها) وإنما فسرنا النفقه بالعرفية لأن النفقة الشرعية تشمل الكل كما مر .

(يعتبر ذلك بحالهما) أى الزوجين (جميعاً، موسراً كان الزوج أو معسراً) قال فى الهداية :وهذا اختيار الخصاف، وعليه الفتوى .اهـ.وهذا خلاف ظاهر الرواية ، وظاهر الرواية ـ وهو اختيار الكرخى ـ يعتبر حال الزوج ،وفى شرح الإسبيجابى: الصحيح ماذكره الخصاف، وفى الجواهر : والفتوى على قول الخصاف ،وفى شرح الزاهدى:وعليه الفتوى ،وعليه مشى المحبوبى والنسفى كما فى التصحيح ،وحاصله أنه إن كانا موسرين تجب نفقة اليسار ،وإن كانا معسرين فنفقة الإعسار،و إن كانا مختلفين فعلى ظاهر الرواية يعتبر حال الزوج؛ وعلى ما اختاره صاحب الهداية فبين الحالين، إلا أنه إذا كان هو المعسر يطالب بقدر وسعه والباقى دين عليه إلا الميسرة كما فى الدرر .

فإذا امتنعت الزوجة (من تسليم نفسها) ولو بعد الدخول بها (حتى يعطيها مهرها) المعجل (فلها النفقة)؛ لأنه منع بحق ؛فكان فوت الاحتباس بمعنى من قبله، فيجعل كلافائت ،هداية قيدنا بالمعجل لأنه إذا كان مؤجلا ولو كله أو بعضه واستوفت الحال ليس لها أن تمنع نفسها عندهما، خلافاً للثانى، وكذا لو أجلته بعد العقد كما فى الجوهرة

(وإن نشزت)أى: خرجت من بيته بلا إذنه بغير حق ولو بعد سفره (فلا نفقة لها حتى تعود إلى منزله) ؛ لأن فوت الاحتباس منها ، وإذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة ، بخلاف ما إذا امتنعت من التمكين فى بيت الزوج؛ لأن الاحتباس قائم؛ والزوج يقدر على الوطء كرها، هداية . وإذا كان الزوج معها فى بيتها فمنعته من الدخول عليها كانت ناشزة ، إلا أن تسأله التحول عنه كما فى الجوهرة .

وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً لاَ يَسْتَمْتِعُ بِهَا فلاَ نَفَقَةَ لَهَا ، وَإِنْ سَلَّمَتْ نَفْسَهَا إِلَيْهِ .

وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ صَغِيراً لا يَقْدِرُ عَلَى الْوَطءِ وَالْمَرْأَةُ كَبِيرَةً فَلَهَا النَّفَقَةُ مِنْ مَالِهِ .

وَإِذا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَه فَلَهَا النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى فِي عِدَّتِهَا ، رَجْعِيًّا كَانَ أَوْ بَائِناً .

وَلاَ نَفَقَةَ لِلْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا ، وَكُلُّ فُرْقَةٍ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِ الْمَرْأَةِ بِمَعْصِيَةٍ فلاَ نَفَقَةَ لَهَا

(وإذا كانت) الزوجة (صغيرة لا يستمتع بها) ولو للخدمة أو الاستئناس كما مر. (فلا نفقة لها وإن سلمت نفسها إليه)؛ لأن النفقة مقابلة باحتباسها له؛ والاحتباس له بكونها منتفعًا بها. قيد بالنفقة لأن المهر يجب بمجرد العقد وإن كانت لا يتمتع بها كما في الجوهرة

(وإذا كان الزوج صغيراً) بحيث (لا يقدر على الوطء والمرأة كبيرة) بحيث يستمتع بها (فلها النفقة من ماله) ؛ لأن التسليم محقق منها، وإنما العجز من قبله، فصار كالمجبوب والعنين قيد بالكبيرة لأنها لو كانت صغيرة أيضا لم تجب لها النفقة ؛ لأن المنع جاء من قبلها ، فغاية ما في الباب أن يجعل المنع من قبله كالمعدوم، فالمنع من قبلها قائم ، ومع قيامه من قبلها لا تستحق النفقة كما في الدرر عن النهاية .

(وإذا طلق الرجل امرأته فلها) عليه (النفقة والسكنى في) مدة (عدتها، رجعيا كان) الطلاق (أو بائنا) أما الرجعي فلأن النكاح بعده قائم لاسيما عندنا ؛ فإنه يحل له الوطء ، وأما البائن فلأن النفقة جزاء الاحتباس كما مر ، والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح ـ وهو الولد ـ إذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ، ولهذا كان لها السكنى بالإجماع كما في الهداية .

(ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها)، لأنها تجب في ماله شيئاً فشيئاً ، ولا مال له بعد الموت ، ولا يمكن إيجابها على الورثة كما في الدرر (وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية) كالردة وتقبيل ابن الزوج (فلا نفقة لها)؛ لأنها صارت حابسة نفسها بغير حق

وَإِنْ طَلَّقَهَا ثُمَّ ارْتَدَّتْ سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا ، وَإِنْ أَمْكَنَتِ ابْنَ زَوْجِهَا مِنْ نَفْسِهَا : إِنْ كَانَ بَعْدَ الطَّلَاقِ فَلَهَا النَّفَقَةُ ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الطَّلَاقِ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ، وَإِذَا حُبِسَتِ الْمَرْأَةُ فِي دَيْنٍ أَوْ غَصَبَهَا رَجُلٌ كَرْهًا فَذَهَبَ بِهَا أَوْ حَجَّتْ مَعَ مَحْرَمٍ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا

وَإِنْ مَرِضَتْ فِي مَنْزِلِ الزَّوْجِ فَلَهَا النَّفَقَةُ .

فصارت كأنها ناشزة . قيد بالمعصية لأنها إذا كانت بسبب مباح كما إذا اختارت نفسها للادراك أو العتق أو لعدم الكفاءة فلها النفقة كما فى الجوهرة (وإن طلقها) الزوج ولو ثلاثاً (ثم ارتدت سقطت نفقتها ، وإن مكنت ابن زوجها من نفسها : إن كان) ذلك (بعد الطلاق فلها النفقة) لأن الفرقة تثبت بالطلاق ، ولا عمل فيها للردة والتمكين ، إلا أن المرتدة تحبس حتى تتوب ، ولا نفقة للمحبوسة ، والممكنة لا تحبس ؛ فلها النفقة كما فى الدرر . (وإن كان قبل الطلاق فلا نفقة لها) ؛ لثبوت الفرقة بالتمكين (وإذا حبست المرأة فى دين ، أو غصبها رجل كرها فذهب بها ، أو حجت) ولو (مع محرم فلا نفقة لها) لفوات الاحتباس، إلا أن تكون مع الزوج فتجب لها نفقة الحضر ، وعن أبى يوسف أن المغصوبة والحاجة مع المحرم لها النفقة، قال فى التصحيح : والمعتمد الأول ، ومشى عليه المحبوبى والنسفى وغيرهما .

(وإن مرضت) الزوجة (فى منزل الزوج فلها النفقة) استحساناً ؛ لأن الاحتباس قائم ؛ فإنه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت ؛ والمانع إنما هو لعارض فأشبه الحيض ، وعن أبى يوسف : إذا سلمت نفسها ثم مرضت فلها النفقة ؛ لتحقق التسليم ، وإن مرضت ثم سلمت لا تجب ؛ لأن التسليم لم يصح ، وهو حسن ، وفى كلام المصنف ما يشير إليه حيث قال : « وإن مرضت فى منزل الزوج » احترازاً عما إذا مرضت فى بيت أبيها كما فى الجوهرة .

وَتُفْرَضُ عَلَى الزَّوْجِ نَفَقَةُ خَادِمِهَا إِذَا كَانَ مُوسِرًا ، وَلَا تُفْرَضُ لِأَكْثَرَ مِنْ خَادِمٍ وَاحِدٍ .

وَعَلَيْهِ أَنْ يُسْكِنَهَا فِي دَارٍ مُنْفَرِدَةٍ لَيْسَ فِيهَا أَحَدٌ مِنْ أَهْلِهِ ، إِلَّا أَنْ تَخْتَارَ ذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ غَيْرِهَا فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُسْكِنَهُ مَعَهَا .

وَلِلزَّوْجِ أَنْ يَمْنَعَ وَالِدَيْهَا وَوَلَدَهَا مِنْ غَيْرِهِ وَأَهْلَهَا مِنَ الدُّخُولِ

(وتفرض على الزوج نفقة خادمها إذا كان) الزوج (موسراً) وهى حرة كما فى الجوهرة قال فى الهداية : وقوله فى الكتاب « إذا كان موسراً » إشارة إلى أنه لا تجب نفقة الخادم عند إعساره، وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة ، وهو الأصح خلافا لما قاله محمد ؛ لأن الواجب على المعسر أدنى الكفاية ، وهى قد تكتفى بخدمة نفسها . اه . وفى قاضيخان : فإن لم يكن لها خادم لا تستحق نفقة الخادم فى ظاهر الرواية ، موسراً كان الزوج أو معسرا ، ثم قال : والصحيح أن الزوج لا يملك إخراج خادم المرأة . اه . (ولا تفرض) النفقة (لأكثر من خادم واحد)قال فى الهداية : وهذا عند أبى حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف : تفرض لخادمين ،قال الإسبيجابى : والصحيح قولهما ، ومشى عليه المحبوبى والنسفى . تصحيح .

(وعليه) أى على الزوج (أن يسكنها فى دار منفردة) بحسب حالهما، كالطعام والكسوة (ليس فيها أحد من أهله) سوى طفله الذى لا يفهم الجماع وأمته وأم ولده كما فى الدر (إلا أن تختار) المرأة (ذلك) لرضاها بانتقاص حقها (وإن كان له ولد من غيرها) بحيث يفهم الجماع (فليس له أن يسكنه معها) ؛ لأن السكنى واجبة لها ،فليس له أن يشرك غيرها، لأنها تتضرر به ، فإنها لا تأمن على متاعها ويمنعها من المباشرة مع زوجها .

(وللزوج أن يمنع والديها وولدها من غيره وأهلها) أى محارمها (من الدخول

عَلَيْهَا ، وَلاَ يَمْنَعُهُمْ مِنَ النَّظَرِ إِلَيْهَا وَكَلاَمِهَا أَيَّ وَقْتٍ اخْتَارُوا .

وَمَنْ أَعْسَرَ بِنَفَقَةِ امْرَأَتِهِ لَمْ يُفَرَّقْ بَيْنَهُمَا ، وَيُقَالُ لَهَا : اسْتَدِينِي عَلَيْهِ

وَإِذَا غَابَ الرَّجُلُ وَلَهُ مَالٌ فِي يَدِ رَجُلٍ وَهُوَ يَعْتَرِفُ بِهِ وَبِالزَّوْجِيَّةِ فَرَضَ الْقَاضِي فِي ذَلِكَ الْمَالِ نَفَقَةَ زَوْجَةِ الْغَائِبِ وَأَوْلادِهِ الصِّغَارِ وَوَالِدَيْهِ ، وَيَأْخُذُ مِنْهَا كَفِيلاً بِهَا ،

عليها ؛ لأن المنزل ملكه ، فله حق المنع من دخوله (ولا يمنعهم من النظر إليها وكلامها فى أى وقت اختاروا) لما فيه من قطيعة الرحم ، وليس له فى ذلك ضرر ، وقيل : لا يمنعهم من الدخول والكلام ، وإنما يمنعهم من القَرَار ، وقيل : لا يمنعها من الخروج إليهما ولا يمنعهما من الدخول عليها فى كل جمعة ، وغيرهما من المحارم التقدير بسَنَةٍ ، وهو الصحيح كما فى الهداية .

(ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما) بل يفرض القاضى النفقة (ويقال لها : استدينى عليه) ، لأن فى التفريق إبطال حقه من كل وجه ، وفى الاستدانة تأخير حقها مع إبقاء حقه ، فكان أولى ، لكونه أقل ضرراً ، قال فى الهداية : وفائدة الأمر بالاستدانة مع الفرض أن يمكنها إحالة الغريم على الزوج ، فأما إذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضى كانت المطالبة عليها دون الزوج .

(وإذا غاب الرجل وله مال فى يد رجل) أو عنده (وهو يعترف به) أى بما فى يده أو عنده من المال (وبالزوجية) وكذا إذا علم القاضى ذلك ، هداية (فرض القاضى فى ذلك المال نفقة زوجة الغائب وَوُلْدِهِ) بضم فسكون ــ جمع ولد كأسد جمع أسد (الصغار ووالديه) إذا كان المال من جنس حقهم : أى دراهم أو دنانير ، أو طعام أو كسوة من جنس حقهم ، بخلاف ما إذا كان من خلاف جنسه ، لأنه يحتاج إلى البيع ، ولا يباع مال الغائب بالاتفاق ، درر (ويأخذ منها) القاضى (كفيلا بها) أى بالنفقة ، ويحلفها بالله ما أعطاها النفقة ، نظراً للغائب ، لأنها ربما استوفت النفقة ، أو طلقها الزوج

وَلاَ يُقْضَى بِنَفَقَةٍ فِي مَالِ الْغَائِبِ إِلاَّ لِهَؤُلاَءِ .

وَإِذَا قَضَى الْقَاضِي لَهَا بِنَفَقَةِ الْإِعْسَارِ ثُمَّ أَيْسَرَ فَخَاصَمَتْهُ تَمَّمَ لَهَا نَفَقَةَ الْمُوسِرِ .

وَإِذَا مَضَتْ مُدَّةٌ لَمْ يُنْفِقِ الزَّوْجُ عَلَيْهَا وَطَالَبَتْهُ بِذَلِكَ فَلاَ شَيْءَ لَهَا ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي فَرَضَ لَهَا النَّفَقَةَ ، أَوْ صَالَحَتِ الزَّوْجَ عَلَى مِقْدَارِهَا ، فَيَقْضِي لَهَا بِنَفَقَةِ مَا مَضَى

وانقضت عدتها ، وكذا كل آخذ نفقته (ولا يقضى بنفقة فى مال الغائب إلا لهؤلاء) لأن نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضى ، ولهذا كان لهم أخذها بأنفسهم؛ فكان قضاء القاضى إعانة لهم ، أما غيرهم من المحارم إنما تجب نفقتهم بالقضاء ، والقضاء على الغائب لا يجوز ، قال فى النهاية : ولو لم يعلم القاضى بذلك ولم يكن مقراً به فأقامت البينة على الزوجية ، أو لم يخلف مالا فأقامت البينة ليفرض القاضى نفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة ـ لا يقضى القاضى بذلك ؛ لأن فى ذلك قضاء على الغائب ، وقال زفر : يقضى ؛ لأن فيه نظراً لها ، ولا ضرر فيه على الغائب ، إلى أن قال : وعمل القضاة اليوم على هذا . اهـ . قال فى الدرر عازيا إلى البحر : وهذه من الست التى يفتى بها بقول زفر ، وعليه فلو غاب وله زوجة وصغار تقبل بينتها على النكاح إن لم يكن عالما به، ثم يفرض لهم، ويأمرها بالإنفاق أو الاستدانة لترجع. اهـ.

(وإذا قضى القاضى لها بنفقة الإعسار ثم أيسر) الزوج (فخاصمته تمم) القاضى (لها نفقة الموسر) ؛ لأن النفقة تختلف باختلاف اليسار والإعسار ، فإذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها .

(وإذا مضت مدة لم ينفق الزوج) فيها (عليها فطالبته) الزوجة (بذلك فلا شىء لها) ، لأن النفقة فيها معنى الصلة، فلا يستحكم الوجوب وتصير دينا (إلا) بالقضاء، وهو (أن يكون القاضى فرض لها النفقة) عليه (أو) الرضا ، بأن تكون الزوجة قد (صالحت الزوج على مقدارها) ففرض لها على نفسه قدراً معلوما ولم ينفق عليها حتى مضت مدة (فيقضى لها بنفقة ما مضى) لأن فرضه على نفسه آكد من فرض القاضى،

وَإِذَا مَاتَ الزَّوْجُ بَعْدَ مَا قُضِيَ عَلَيْهِ بِالنَّفَقَةِ وَمَضَتْ شُهُورٌ سَقَطَتِ النَّفَقَةُ .

وإنْ أسْلَفَهَا نَفَقَةَ سَنَةٍ ثُمَّ مَاتَ لَمْ يُسْتَرْجَعْ مِنْهَا شَيْءٌ ، وقالَ مُحَمَّدٌ : يُحْتَسَبُ لَهَا نَفَقَةُ مَا مَضَى ومَا بَقِيَ للزَّوْجِ .

وإذا تَزَوَّجَ العَبْدُ حُرَّةً فنَفقَتُها دَيْنٌ عَلَيْهِ يُبَاعُ فِيها .

لأن ولايته على نفسه أقوى من ولاية الغير عليه ، وإذا صارت النفقة ديناً عليه لم تسقط بطول الزمان ، إلا إذا مات أحدهما ، أو وقعت الفرقة كما صرح به المصنف بقوله : (وإذا مات الزوج) أوالزوجة (بعد ماقضى عليه بالنفقة ومضت شهور) ولم ينفق عليها (سقطت النفقة) المتجمدة عليه ، لما مر أن فيها معنى الصلة ، والصلات تسقط بالموت قبل القبض .

(وإن أسلفها) الزوج (نفقة) جميع (السنة ثم مات) هو أو هى (لم يسترجع) بالبناء للمجهول (منها) أى النفقة المسلفة (شيء) ؛ لأنها صلة وقد اتصل بها القبض ، ولا رجوع فى الصلات بعد الموت ؛ لانتهاء حكمها كما فى الهبة . وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف (وقال محمد : يحتسب لها نفقة مامضى ، وما بقى) يسترد (للزوج) قال فى زاد الفقهاء والتحفة : الصحيح قولهما ، وفى فتح القدير : الفتوى على قولهما ، واعتمده المحبوبى والنسفى وغيرهما . تصحيح .

(وإذا تزوج العبد حرة) بإذن مولاهُ (فنفقتها) المفروضة (دين عليه) ، لزومها بعقد باشرهُ بإذن للولى ، فيظهر فى حقه كسائر الديون (يباع فيها) إذا لم يَفْدِهِ المولى . ذخيرة . وهكذا مرة بعد أخرى إذا تجدد عليه نفقة أخرى بعد ما اشتراه مَنْ علم به أو لم يعلم ثم علم فرضى ، وإنما قيدت بالمفروضة لأنها بدون فرض تسقط بالمضى ، كنفقة زوجة الحر كما فى النهر ، قال فى الفتح : وينبغى أن لايصح فرضها بتراضيهما لحجر العبد عن التصرف ، ولاتهامهِ بقصد الزيادة لإضرار المولى . اهـ .

وإذا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ أَمَةً فَبَوَّأَها مَوْلاهَا مَعَهُ مَنْزِلاً فَعَلَيْهِ النَّفَقَةُ ، وَإِنْ لَمْ يُبَوِّئْهَا فَلاَ نَفَقَةَ لَهَا .

وَنَفَقَةُ الأَوْلادِ الصِّغَارِ عَلَى الأَبِ،لا يُشارِكُه فِيها أَحَدٌ ، كما لا يُشارِكُهُ فِي نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ أَحَدٌ .

فإنْ كانَ الصَّغِيرُ رَضِيعاً فَلَيْسَ عَلَى أُمِّهِ أَنْ تُرْضِعَهُ .

(وإذا تزوج الرجل أمة) قِنّة أو مدبرة أو أم ولد (فبوّأها) أى خلاّها (مولاها معه) أى مع الزوج (منزلا) أى فى منزل الزوج ، بأن بعثها إلى منزله وترك استخدامها (فعليه) أى الزوج (النفقة) لتحقق الاحتباس (وإن لم يبوئها) مولاها منزل الزوج أو لم يترك استخدامها (فلا نفقة لها) عليه لعدم الاحتباس، قال فى الهداية: ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة ؛ لأنه فات الاحتباس ، ولو خدمته أحياناً من غير أن يستخدمها لا تسقط النفقة ؛ لأنه لم يستخدمها ليكون استرداداً. اهـ

(ونفقة الأولاد الصغار) الفقراء الأحرار (على الأب ، لا يشاركه فيها أحد) موسراً كان الأب أو معسراً ، غير أنه إذا كان معسراً والأم موسرة تؤمر الأم بالإنفاق ويكون ديناً على الأب كما فى الجوهرة ، قيدنا بالفقراء الأحرار لأن نفقة الأغنياء فى مالهم والأرقاء على مالكهم (كما) أنه (لا يشاركه) أى الأب (فى نفقة الزوجة أحد) مالم يكن معسراً فيلحق بالميت ، فتجب على غيره بلا رجوع عليه على الصحيح من المذهب، إلا الأم موسرة . بحر ، قال: وعليه فلا بد من إصلاح المتون اهـ. قال شيخنا : لأن قول المتون « إن الأب لا يشاركه فى نفقة ولده أحد » يقتضى أنه لو كان معسراً وأمر غيره بالإنفاق يرجع ، سواء كان أما أو جدا أو غيرهما، إذ لو لم يرجع عليه لحصلت المشاركة ، وأجاب المقدسى بحمل ما فى المتون على حالة اليسار اهـ .

(فإن كان الصغير رضيعاً فليس على أمه أن ترضعه) قضاء ، لأن إرضاعه يجرى مجرى النفقة ، ونفقته على الأب كما مر ، ولكن تؤمر به ديانة ؛ لأنه من باب الاستخدام

وَيَسْتَأْجِرُ لَهُ الأَبُ مَنْ تُرْضِعُهُ عِنْدَهَا ، فَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا وَهِيَ زَوْجَتُهُ أَوْ مُعْتَدَّتُهُ لِتُرْضِعَ وَلَدَهَا لَمْ يَجُزْ ، وَإِنِ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا فَاسْتَأْجَرَهَا عَلَى إِرْضَاعِهِ جَازَ ، فَإِنْ قَالَ الأَبُ لا أَسْتَأْجِرُهَا وَجَاءَ بِغَيْرِهَا فَرَضِيَتِ الأُمُّ بِمِثْلِ أَجْرِ الأَجْنَبِيَّةِ كَانَتِ الأُمُّ أَحَقَّ بِهِ ، وَإِنِ الْتَمَسَتْ زِيَادَةً لَمْ يُجْبَرِ الزَّوجُ عَلَيْهَا .

ككنس البيت والطبخ والخبز ، فإنها تؤمر بذلك ديانة ، ولا يجبرها القاضي عليها لأن المستحق عليها بعد النكاح تسليم النفس للاستمتاع لا غير ، ثم هذا حيث لم تتعين ، فإن تعينت لذلك ــ بأن كان لا يأخذ ثدى غيرها ــ فإنها تجبر على إرضاعه صيانة له عن الهلاك . جوهرة (و يستأجر له الأب من ترضعه عندها) ؛ لأن الحضانة لها (فإن استأجرها) أى استأجر الأبُ أمّ الصغير (وهى زوجته أو معتدته) من طلاق رجعى (لترضع ولدها لم يجز) ذلك الاستئجار لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة ، إلا أنها عذرت لاحتمال عجزها ، فإذا أقدمت عليه بالأجر ظهرت قدرتها ، فكان الفعل واجباً عليها ، فلا يجوز أخذ الأجرة عليه . هداية قيد بولدها لأنه لو استأجرها لإرضاع ولده من غيرها جاز ، لأنه غير مستحق عليها ، وقيدنا المعتدة بالرجعى لأن المعتدة من البائن فيها روايتان ، والصحيحة منهما أنه يجوز ، لأن النكاح قد زال فهى كالأجنبية كما فى الجوهرة (و إن انقضت عدتها فاستأجرها على إرضاعه) أى الولد (جاز) لأن النكاح قد زال بالكلية وصارت كالأجنبية. (و إن قال الأب لاأستأجرها) أى الأم (وجاء بغيرها) لترضعه عندها (فرضيت الأم بمثل أجرة) تلك (الأجنبية كانت الأم أحق به) ، لأنها أشفق ، فكان نظراً للصبى فى الدفع إليها ، هداية (فإن التمست زيادة) عن الأجنبية ولو بدون أجر المثل أو متبرعة . زيلعى (لم يجبر الزوج عليها) دفعا للضرر عنه ، و إليه الإشارة فى قوله تعالى : « لاتُضَار والدة بولدها ولامولودله بولده »أى بإلزامه أ كثر من أجرة الأجنبية. هداية. قيدبأجرة الإرضاع لأن الحضانة تبقى للأم فترضعه الأجنبية كما صرح فى البدائع، ولا تكون الأجنبية

وَنَفَقَةُ الصَّغِيرِ وَاجِبَةٌ عَلَى أَبِيهِ وَإِنْ خَالَفَهُ فِي دِينِهِ ، كَمَا تَجِبُ نَفَقَةُ الزَّوْجَةِ عَلَى الزَّوْجِ وَإِنْ خَالَفَتْهُ فِي دِينِهِ .

كتاب الحضانة

وَإِذا وقعت الْفُرْقَةُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ فَالْأُمُّ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنِ الْأُمُّ فَأُمُّ الْأُمِّ أَوْلَى مِنْ أُمِّ الأَبِ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ فَأُمُّ الْأَبِ أَوْلَى مِنَ الأَخَوَات ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ جَدَّةٌ فَالأَخَوَاتُ أَوْلَى مِنَ العَمَّاتِ والخالاتِ وَتُقَدَّمُ الأُخْتُ

المتبرعة بالحضانة أولى منها إذا طلبته بأجر المثل ، نعم لو تبرعت العمة بحضانته من غير أن تمنع الأم عنه والأب معسر ، فالصحيح أن يقال للأم : إما أن تمسكيه بلا أجر أو تدفعيه إليها ، قال شيخنا : وبه ظهر الفرق بين الحضانة والإرضاع ، وهو أن الإرضاع إلى غير الأم لا يتوقف على طلب الأم أكثر من أجر المثل ، ولا بإعسار الأب ولا بكون المتبرعة عمة أو نحوها من الأقارب . اهـ .

(ونفقة الصغير واجبة على أبيه وإن خالفه فى دينه) ؛ لإطلاق قوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن » ولأنه جزؤه ، فيكون فى معنى نفسه . هداية (كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وإن خالفته فى دينه) ؛ لأن نفقتها بمقابلة الاحتباس الثابت بالعقد ، وقد صح العقد بين المسلم والكافرة ، فوجبت النفقة .

كتاب الحضانة

(وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالأم) ولو كتابية (أحق بالولد) لما مر أنها أشفق عليه وأعرف بتربيته (فإن لم تكن أم فأم الأم) وإن بعدت (أولى من أم الأب) ؛ لأن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات (فإن لم تكن) أم الأم (فأم الأب) وإن بعدت أيضاً (أولى من الأخوات) مطلقا لأنها أكثر شفقة منهن لأن قرابتها قرابة ولاد (فإن لم تكن جدة) مطلقا (فالأخوات) مطلقا أولى (من العمات والخالات) مطلقا لأنهن أقرب ، ولأنهن أولاد الأبوين ، ولهذا قدمن فى الميراث (وتقدم الأخت

مِنَ الْأَبِ وَالْأُمِّ ، ثُمَّ الْأُخْتُ مِنَ الْأُمِّ ، ثُمَّ الْأُخْتُ مِنَ الْأَبِ ، ثُمَّ الْخَالَاتُ أَوْلَى مِنَ الْعَمَّاتِ ، وَيُنَزَّلْنَ كَذَلِكَ ، ثُمَّ الْعَمَّاتُ يُنَزَّلْنَ كَذَلِكَ ، وَكُلُّ مَنْ تَزَوَّجَتْ مِنْ هَؤُلَاءِ سَقَطَ حَقُّهَا إِلَّا الْجَدَّةَ إِذَا كَانَ زَوْجُهَا الْجَدَّ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لِلصَّبِيِّ امْرَأَةٌ مِنْ أَهْلِهِ وَاخْتَصَمَ فِيهِ الرِّجَالُ فَأَوْلَاهُمْ بِهِ أَقْرَبُهُمْ تَعْصِيبًا

من الأب والأم) لأنها ذات قرابتين (ثم الأخت من الأم) ، لأن الحق من قبلها (ثم الأخت من الأب) ثم بنات الأخت لأبوين ، ثم لأم (ثم الخالات أولى من العمات) ومن بنات الأخت لأب ، ترجيحا لقرابة الأم ، و (ينزلن كما ينزلن الأخوات) فترجح ذات القرابتين ، ثم قرابة الأم ، ثم بنت الأخت لأب ، قال فى الخانية : اختلفت الرواية فى بنت الأخت لأب مع الخالة ، والصحيح أن الخالة أولى . اه (ثم العمات) و (ينزلن كذلك) ثم خالة الأم كذلك، ثم خالة الأب كذلك، ثم عمة الأم كذلك ، ثم عمة الأب كذلك، بهذا الترتيب (وكل من تزوجت من هؤلاء) المذكورات بأجنبي من الصغير (سقط حقها) من الحضانة ، لأن الأجنبي يعطيه نَزْراً ، وينظر إليه شَزْراً ، فلا نظر فى ذلك للصغير ، بخلاف ما إذا كان الزوج ذا رحم محرم من الصغير كما يصرح بذلك بقوله :(إلا الجدة إذا كان زوجها الجد)أى فلا يسقط حقها، لأنه قام مقام أبيه فينظر إليه ، وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم منه، لقيام الشفقة نظراً إلى القرابة القريبة ، هداية . وتعود الحضانة بالفرقة ، لزوال المانع،والقول لها فى نفى الزوج وكذا فى تطليقه أن أبهمته لا إن عينته كما فى الدر (فإن لم تكن للصبي امرأة من أهله) تستحق الحضانة (فاختصم فيها الرجال فأولاهم به أقربهم تعصيبا) لأن الولاية للأقرب ، وقد عرف الترتيب فى موضعه ، غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير مَحْرَم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة .هداية. ثم إذا لم يكن عصبة فلذوى الأرحام ، فإن استووا فأصلحهم ، ثم أورعهم ، ثم أكبرهم ولا حق لولد عم وعمة وخال وخالة ، لعدم المحرمية كما فى الدر .

والأمُّ وَالجدَّةُ أَحَقُّ بِالْغُلَامِ حَتَّى يَأْكُلَ وَحْدَهُ وَيَلْبَسَ وَحْدَهُ وَيَسْتَنْجِيَ وحْدَهُ ، و بِالجَارِيَةِ حَتَّى تَحِيضَ ، وَمَنْ سِوَى الأمِّ والجَدَّةِ أَحَقُّ بِالجَارِيَةِ حَتَّى تَبلُغَ حَدًّا تُشْتَهَى

والامَةُ إِذَا أَعْتَقَهَا مَوْلاَهَا وَأُمُّ الْوَلَدِ إِذا أُعْتِقَتْ فِي الْوَلَدِ كالْحُرَّةِ ، وَلَيْسَ لِلأَمَةِ وَأُمِّ الْوَلَدِ قَبْلَ العِتْقِ حَقٌّ فِي الوَلَدِ ، وَالذِّمِّيَّةُ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا المُسْلِمِ مَا لَمْ يَعْقِلِ الأَدْيَانَ ويُخَافُ أَنْ يَأْلَفَ الكُفْرَ .

(و الأم و الجدة أحق بالغلام حتى) يستغنى، بأن (يأكل وحده) و يشرب وحده (و يلبس وحده ، ويستنجي وحده)، لأن تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء، قال فى الهداية : ووجهه أنه إذا استغنى يحتاج إلى التأديب والتخلق بآداب الرجال و أخلاقهم و الأب أقدر على التأديب و التثقيف . والخصاف قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب اه . (و) هما أحق (بالجارية حتى تحيض) أى تبلغ ، لأن بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة آداب النساء ، والمرأة على ذلك أقدر ، و بعد البلوغ تحتاج إلى التحصين و الحفظ، و الأب فيه أقوى و أهدى . هداية (ومن سوى الأم و الجدة) ممن لها الحضانة (أحق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهى) وقدر بتسع ، و به يفتى كما فى الدر ، وفى التنوير : وعن محمد أن الحكم فى الأم والجدة كذلك ، وبه يفتى . اه . وفى المنح قال مولانا صاحب البحر : والحاصل أن الفتوى على خلاف ظاهر الرواية ؛ فقد صرح فى التجنيس بأن ظاهر الرواية أنها أحق بها حتى تحيض ، واختلف فى حد الشهوة ، فقدره أبو الليث بتسع سنين ، وعليه الفتوى ، كذا فى تبيين الكنز. اه

(و الأم إذا أعتقها مولاها وأم الولد إذا أعتقت فى) ثبوت حق حضانة (الولد كالحرة) ، لأنهما حرتان أوانَ ثبوت الحق (وليس للأمة وأم الولد قبل العتق حق فى الولد) لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى (و الذمّيّة أحق بولدها المسلم سواء كان ذكرا أو أنثى (ما لم يعقل الأديان ويخاف عليه أن يألف الكفر) للنظر قبل ذلك ، واحتمال الضرر بعده . هداية .

وَإِذَا أَرَادَتِ الْمُطَلَّقَةُ أَنْ تَخْرُجَ بِوَلَدِهَا مِنَ الْمِصْرِ فَلَيْسَ لَهَا ذَلِكَ إِلاَّ أَنْ تُخْرِجَهُ إِلَى وَطَنِهَا وَقَدْ كَانَ الزَّوْجُ تَزَوَّجَهَا فِيهِ .

وَعَلَى الرَّجُلِ أَنْ يُنْفِقَ عَلَى أَبَوَيْهِ وَأَجْدَادِهِ وَجَدَّاتِهِ إِذَا كَانُوا فُقَرَاءَ وَإِنْ خَالَفُوهُ فِي دِينِهِ ،

(وإذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من المصر) إلى مصر آخر ، وبينهما تفاوت بحيث لا يمكنه أن يبصر ولده ثم يرجع فى نهاره (فليس لها ذلك) لما فيه من الإضرار بالأب ، لعجزه عن مطالعة ولده (إلا أن تخرجه إلى وطنها وقد كان الزوج تزوجها) أى عقد عليها (فيه) أى وطنها ولو قرية فى الأصح كما فى الدر ؛ لأنه التزم ذلك عادة ، لأن من تزوج فى بلد يقصد المقام به غالبا . قال فى الهداية: وإذا أرادت الخروج إلى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه أشار فى الكتاب إلى أنه ليس لها ذلك ، وذكر فى الجامع الصغير أن لها ذلك . وجه الأول أن التزوج فى دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا ، وهذا أصح .

فالحاصل أنه لا بد من الأمرين جميعاً : الوطن ، ووجود النكاح ، وهذا كله إذا كان بين المصرين تفاوت ، أما إذا تقاربا بحيث يمكن للوالد أن يطالع ولده ويبيت فى بيته فلا بأس ، وكذا الجواب فى القريتين ، ولو انتقلت من قرية المصر إلى المصر لا بأس به ، لأن فيه نظراً للصغير حيث يتخلق بأخلاق أهل المصر ، وليس فيه ضرر بالأب ، وفى عكسه ضرر بالصغير لتخلقه بأخلاق أهل السواد ، فليس لها ذلك

(و) يجب (على الرجل) الموسر يسار الفطرة (أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته) سواء كانوا من قبل الأب أو الأم (إذا كانوا فقراء) ولو قادرين على الكسب ، والقول لمنكر اليسار ، والبينة لمدعيه كما فى الدر ، وفى الخلاصة المختار أن الكسوب يدخل أبويه فى نفقته . اه ، وعليه الفتوى (وإن خالفوه فى دينه) أما الأبوان فلقوله تعالى « وصاحبهما فى الدنيا معروفاً » نزلت فى الأبوين الكافرين ، وليس من المعروف أن يعيش فى نعم الله تعالى ويتركهما

وَلا تَجِبُ النَّفَقَةُ مَعَ اخْتِلاَفِ الدِّينِ إلاَّ لِلزَّوْجَةِ وَالأَبَوَيْنِ وَالأَجْدَادِ وَالجَدَّاتِ وَالوَلَدِ وَوَلَدِ الوَلَدِ ، وَلاَ يُشَارِكُ الوَلَدَ فِي نَفَقَةِ أَبَوَيْهِ أَحَدٌ .

وَالنَّفَقَةُ لِكُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ إذا كَانَ صَغِيراً فَقِيراً ، أَوْ كَانَتِ امْرَأَةً بَالِغَةً فَقِيرَةً ، أَوْ كَانَ ذَكَراً زَمِناً أَوْ أَعْمَى فقِيراً ،

يموتان جوعاً ، وأما الأجداد والجدات فلأنهم من الآباء والأمهات ،ولهذا يقوم الجد مقام الأب عند عدمه . هداية (ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة والأبوين والأجداد والجدات والولد وولد الولد) لما مرّ من أن نفقة الزوجة بمقابلة الاحتباس ، وأما غيرها فلثبوت الجزئية ، وجزء المرء فى معنى نفسه، فكما لا تمتنع نفقة نفسه بكفر لا تمتنع نفقة جزئه ، إلا أنهم إذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم ، ولو مستأمنين ، لنهينا عن بر من يقاتلنا فى الدين كما فى الهداية (ولا يشارك الولد فى نفقة أبويه أحد) ، لأن لهما تأويلا فى مال الولد بالنص ، ولأنه أقرب الناس إليهما . بحر . وهى على الذكور والإناث بالسوية فى ظاهر الرواية ، وهو الصحيح ، لأن المعنى يشملهما ، هداية . قال فى التصحيح : وهو أظهر الروايتين عن أبى حنيفة ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث ، وبه يفتى ، واحترز به عن رواية الحسن عن أبى حنيفة أنها بين الذكور والإناث ثلاثا . اه .

(والنفقة) تجب (لكل ذى رحم محرم) منه (إذا كان صغيرا فقيرا ، أو كانت امرأة) ولو (بالغة) إذا كانت (فقيرة أو كان) ذو الرحم (ذكرا زمناً أو أعمى) وكان (فقيرا) لأن الصلة فى القرابة القريبة واجبة دون البعيدة، والفاصل أن يكون ذا رحم محرم ، وقد قال الله تعالى : «وعلى الوارث مثل ذلك» وفى قراءة ابن مسعود « وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك» ثم لا بد من الحاجة والصغر والأنوثة، والزمانة والعمى أمارة الحاجة لتحقق العجز ، فإن القادر على الكسب غنى بكسبه ، بخلاف الأبوين لأنهما يلحقهما تعب الكسب والولد مأمور بدفع الضرر

وَيَجِبُ ذَلِكَ عَلَى مِقْدَارِ الْمِيرَاثِ .

وَتَجِبُ نَفَقَةُ الْابْنَةِ الْبَالِغَةِ وَالْابْنِ الزَّمِنِ عَلَى أَبَوَيْهِ أَثْلَاثًا : عَلَى الْأَبِ الثُّلُثَانِ ، وَعَلَى الْأُمِّ الثُّلُثُ .

عنهما ، فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب . هداية . قيد بالمحرم لأن الرحم غير المحرم لاتجب نفقته كابن العم وإن كان وارثا ، ولا بد أن تكون المحرمية بجهة القرابة ، ولذا قيدنا المحرمية بقولنا « منه » أى الرحم ، فلو كان قريبا محرما من غير جهة الرحم كابن العم إذا كان أخا من الرضاع فإنه لا نفقة له كما فى البحر عن شرح الطحاوى ، (ويجب ذلك) عليهم (على قدر الميراث) لأن التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ، ولأن الغرم بالغنم . هداية .

(وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن) والأعمى ، إذا كانوا فقراء (على أبويه أثلاثا) على قدر ميراثهما (على الأب الثلثان ، وعلى الأم الثلث) ، لأن الميراث لهما على هذا ، قال فى الهداية : وهذا الذى ذكره رواية الخصاف والحسن ، وفى ظاهر الرواية كل النفقة على الأب ، قال المحبوبى : وبه يفتى ، ومشى عليه صدر الشريعة والنسفى . تصحيح .

واعلم أن مسائل هذا الباب مما تحير فيه أولو الألباب ، وقد اقتحم شيخنا له ضابطا لم يسبق إليه ، ولم يحم أحد قبله عليه ، مأخوذ من كلامهم تصريحا أو تلويحا ، جامعا لفروعهم جمعا صحيحا ، بحيث لا يخرج عنه شاذة ، ولا يغادر منها فاذة .

وحاصله أنه لا يخلو : إما أن يكون الموجود من قرابة الولاد واحدا أو أكثر والأول ظاهر ، وهو أنه تجب النفقة عليه ، والثانى : إما أن يكونوا فروعا فقط ، أو فروعا وحواشى ، أو فروعا وأصولا ، أو فروعا وأصولا وحواشى ، أو أصولا فقط ، أو أصولا وحواشى ، فهذه ستة أقسام ؛ وبقى قسم سابع تتمة الأقسام العقلية وهو الحواشى فقط نذكره تتميما للأقسام وإن لم يكن من قرابة الولاد

.. . .

القسم الأول والثانى : الفروع فقط ، والفروع مع الحواشى ، والمعتبر فيهم القرب والجزئية دون الميراث ، ففى ولدين لمسلم ـ ولو أحدهما نصرانيا أو أنثى ـ عليهما سوية ، وفى بنت وابن ابن على البنت فقط ، وفى بنت وأخت شقيقة على البنت فقط ، وفى ابن نصرانى وأخ مسلم على الابن فقط ، وفى ولد بنت وأخ شقيق على ولد البنت ؛ لترجحهما بالجزئية مع التساوى فى القرب ، لإدلاء كل منهما بواسطة .

القسم الثالث والرابع : الفروع مع الأصول ، والفروع مع الأصول والحواشى ، والمعتبر فيهم الأقرب جزئية ، فإن لم يوجد فالترجيح ، فإن لم يوجد فالإرث . ففى أب وابن على الابن لترجحه بأنت ومالك لأبيك ، وكذا الأم مع الابن . وفى جد وابن وابن على قدر الميراث أسداساً ، للتساوى وعدم المرجح ، والحواشى تسقط بالفروع لترجحهم بالقرب والجزئية ، فكأنه لم يوجد سوى الفروع والأصول .

القسم الخامس : الأصول فقط ، فإن كان فيهم أب فعليه فقط ، و إلا فإما أن يكون البعض وارثا والبعض غير وارث ، أو كلهم وارثين ، ففى الأول يعتبر الأقرب جزئية ، فإن تساووا فى القرب ترجح الوارث ، ففى جد لأم وجد لأب على الجد لأب فقط ، لترجحه بالإرث ، وفى الثانى ـ أعنى لو كان الكل وارثين ـ فكالإرث ، ففى أم وجد لأب عليهما أثلاثا فى ظاهر الرواية . خانية .

القسم السادس : الأصول مع الحواشى ، فإن كان أحد الصنفين غير وارث اعتبر الأصول وحدهم ، فيقدم الأصل و إن كان غير الوارث ، ففى جد لأم وعم على الجد ، و إن كان كل منهما وارثاً اعتبر الإرث ، ففى أم وأخ عصبى على الأم الثلث وعلى الأخ الثلثان ، و إذا تعددت الأصول فى هذا القسم بنوعيه يعتبر فيهم ما اعتبر فى القسم الخامس .

القسم السابع : الحواشى فقط ، والمعتبر فيهم الإرث بعد كونه ذا رحم محرم ، وتمامه فى رسالته فى النفقات .

وَلَا تَجِبُ نَفَقَتُهُمْ مَعَ اخْتِلَافِ الدِّينِ ، وَلَا تَجِبُ عَلَى الْفَقِيرِ

وَإِذَا كَانَ لِلابْنِ الْغَائِبِ مَالٌ قُضِيَ عَلَيْهِ بِنَفَقَةِ أَبَوَيْهِ ، وَإِنْ بَاعَ أَبُوهُ مَتَاعَهُ فِي نَفَقَتِهِ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَإِنْ بَاعَ الْعَقَارَ لَمْ يَجُزْ

وَإِنْ كَانَ لِلابْنِ الْغَائِبِ مَالٌ فِي يَدِ أَبَوَيْهِ فَأَنْفَقَا مِنْهُ لَمْ يَضْمَنَا

(ولا تجب نفقتهم) أى ذوى الأرحام (مع اختلاف الدين) ؛ لبطلان أهلية الإرث (ولا تجب) النفقة (على الفقير) ، لأنها تجب صلة ، وهو يستحقها على غيره ، فكيف تستحق عليه ؟ بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير ، لأنه التزمها بالإقدام على العقد إذ المقاصد لا تنتظم دونها ، ولا يعمل فى مثلها الإعسار، هداية. قال فى مختارات النوازل : إن حد اليسار هنا مقدر بالنصاب الذى تجب به صدقة الفطر ، وعن محمد ما يفضل عن نفسه ونفقة عياله شهراً ، والفتوى على الأول ، وهكذا فى الهداية ، وفى الصغرى : أنه الصحيح ، وبه يفتى ، وعليه مشى المحبوبى . اهـ تصحيح .

(وإذا كان للابن الغائب مال) عند مودَع أو مضارب أو مديون كما مر (قضى عليه) بالبناء للمجهول (بنفقة أبويه) وولده الصغير وزوجته كما مر قريبا، وبينا وجهه (وإن باع أبوه متاعه فى نفقته جاز عند أبى حنيفة) استحسانا (وإن باع العقار لم يجز) والقياس أن لا يجوز له بيع شىء، وهو قولهما ، لأنه لا ولاية له، لانقطاعها بالبلوغ، ولهذا لا يملك حال حضرته ، ولا يملك البيع فى دين له سوى النفقة، ولأبى حنيفة أن للأب ولاية الحفظ فى مال الغائب، وبيع المنقول من باب الحفظ ، ولا كذلك العقار ، لأنها محصنة بنفسها، قيد بالأب لأن الأم وسائر الأقارب ليس لهم بيع شىء اتفاقا، لأنهم لا ولاية لهم أصلا فى التصرف حالة الصغر ، ولا فى الحفظ بعد الكبر كما فى الهداية .

(وإن كان للابن الغائب مال فى يد أبويه فأنفقا منه) على أنفسهما (لم يضمنا) ما أنفقاه ، لأنهما استوفيا حقهما ، لأن نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر ، وقد أخذا جنس الحق . هداية .

وإنْ كانَ لَهُ مالٌ فِي يَدِ أَجْنَبِيٍّ فأنْفقَ عَلَيْهما بِغَيْرِ إِذْنِ القاضِي ضَمِنَ .

وَإذا قَضَى القاضِي لِلْوَلَدِ وَالْوالِدَيْنِ وذَوِي الأَرْحَامِ بِالنَّفَقَةِ فَمَضَتْ مُدَّةٌ سَقطَتْ ، إلاّ أنْ يَأْذَنَ القاضِي فِي الاسْتِدَانَةِ عَلَيْهِ

وَعَلَى المَوْلَى أنْ يُنْفِقَ عَلَى عَبْدِهِ وأَمَتِهِ ، فإنِ امْتَنَعَ وكانَ لَهُما كَسْبٌ اكْتَسَبَا وأنفقا عَلَى أنفُسِهِمَا

(وإن كان له) : أى للابن (مال في يد أجنبي فأنفق) الأجنبي (عليهما): أى الأبوين (بغير إذن القاضي ضمن) ،لأنه تصرف في مال الغير بغير ولاية ،لأنه نائب في الحفظ لاغير ، بخلاف ما إذا أمره القاضي ،لأن أمره ملزم لعموم ولايته، وإذا ضمن لا يرجع على القابض ، لأنه ملكه بالضمان ، فظهر أنه كان متبرعا فيه . هداية.

(وإذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوى الأرحام بالنفقة فمضت مدة) وطالت شهراً فأكثر (سقطت) نفقة تلك المدة ،لأن نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة ، حتى لا تجب مع اليسار ، وقد حصلت الكفاية بمضى المدة ، بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضي ،لأنها تجب مع يسارها ، فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى . هداية . قيدنا المدة بشهر فأكثر لما في الفتح : هذا حيث طالت المدة ، فأما إذا قصرت فلا تسقط ، وما دون الشهر قصيرة ، فلا تسقط ، قيل : وكيف لا تصير القصيرة ديناً والقاضي مأمور بالقضاء ، ولو لم تصر دينا لم يكن للأمر بالقضاء بالنفقة فائدة ؟ لأن كل ما مضى يسقط ، فلا يمكن استيفاء شيء ، اهـ (إلا أن يأذن القاضي) بعد فرض النفقة (في الاستدانة عليه) أى : على المفروض عليه ؛ لأن القاضي له ولاية عامة ، فصار إذنه كأمر الغائب فيصير دينا في ذمته ، فلا يسقط بمضى المدة . هداية .

(و)يجب (على المولى أن ينفق على عبده وأمته) سواء في ذلك القن والمدبر وأم الولد والصغير والكبير (فإن امتنع)المولى من الإنفاق (وكان لهما كسب اكتسبا وأنفقا على أنفسهما) لأن فيه نظر الجانبين : ببقاء حياة المملوك ،و بقاء ملك المالك ،

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا كَسْبٌ أُجْبِرَ الْمَوْلَى عَلَى بَيْعِهِمَا

(وإن لم يكن لهما كسب) بأن كانا عبدا زمنا أو جارية لا يؤاجر مثلها (أجبر المولى على بيعهما) إن كانا محلا للبيع ، لأنهما من أهل الاستحقاق ، وفى البيع إيفاء حقهما وإيفاء حق المولى بالخلف ، بخلاف نفقة الزوجه، لأنها تصير ديناً ، فكان تأخيراً على ما ذكرناه ، ونفقة المملوك لا تصير دينا ، فيكون إبطالا ، وبخلاف سائر الحيوانات ، لأنها ليست من أهل الاستحقاق ، فلا يجبر على نفقتها، إلا أنه يؤمر فيما بينه وبين الله تعالى ، هداية . قيدنا بكونهما محلا للبيع ، لأنه إذا لم يكونا محلا له كمدبر وأم ولد ألزم بالإنفاق لا غير ، كما فى الدر .

كتاب العتق

الْعِتْقُ يَقَعُ مِنَ الْحُرِّ الْبَالِغِ الْعَاقِلِ فِي مِلْكِهِ ، فإذا قَالَ لِعَبْدِهِ أَوْ أَمَتِهِ «أَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ مُعْتَقٌ ، أَوْ عَتِيقٌ ، أَوْ مُحَرَّرٌ ، أَوْ قَدْ حَرَّرْتُكَ ، أَوْ أَعْتَقْتُكَ» فَقَدْ عَتَقَ ، نَوَى الْمَوْلَى الْعِتْقَ أَوْ لَمْ يَنْوِ ،

كتاب العتق

ذكره عقب الطلاق لأن كلا منهما إسقاط الحق ولا يقبل الفسخ . وقدم الطلاق لمناسبته للنكاح مع أن الإعتاق أقل وقوعاً .

(العتق) لغة : القوة مطلقاً ، يقال:عَتَقَ الفرخُ ، إذا قوى وطار . وشرعاً : عبارة عن إسقاط المولى حقه عن مملوكه بوجه يصير المملوك به من الأحرار .

و (يقع) العتق (من الحر) ؛ لأن العتق لا يصلح إلا فى الملك، ولا ملك للمملوك

(البالغ) ، لأن الصبى ليس من أهله ، لكونه ضرراً ظاهرا ، ولهذا لا يملكه الولىُّ عليه .

(العاقل) لأن المجنون ليس بأهل للتصرف ، ويشترط أن يكون المملوك (فى ملكه) أو يضيفه إليه ، كإن ملكتك فأنت حر ، فلو أعتق عبد غيره لا ينفذ ، وإن ملكه بعده ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا عتق فيما لا يملك ابن آدم » .

(فإذا قال) المولى (لعبده أو أمته : أنت حر ، أو) عتق ، أو (معتق أو عتيق، أو محرر ، أو قد حررتك، أو أعتقتك، فقد عَتَقَ) العبد، سواء (نوى المولى أو لم ينو) ، لأن هذه الألفاظ صريح فيه ، لأنها مستعملة فيه شرعا وعرفا ، فأغنى ذلك عن النية ، لأنها إنما تشترط إذا اشتبه مراد المتكلم ، وهذا لا اشتباه فيه ، فلا تشترط فيه

وَكَذٰلِكَ إِذَا قَالَ «رأْسُكَ حُرٌّ ، أَوْ وَجْهُكَ ، أَوْ رَقَبَتُكَ ، أَوْ بَدَنُكَ » أَوْ قَالَ لِأَمَتِهِ « فَرْجُكِ حُرٌّ » وَلَوْ قَالَ « لا مِلْكَ لِي عَلَيْكَ » وَنَوَى بِهِ الْحُرِّيَّةَ عَتَقَ ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ لَمْ يَعْتِقْ ، وَكَذٰلِكَ كِنَايَاتُ الْعِتْقِ ، وَإِنْ قَالَ « لاَ سُلْطَانَ لِي عَلَيْكَ » وَنَوَى بِهِ الْعِتْقَ لَمْ يَعْتِقْ ، وَإِنْ قَالَ : « هٰذا ابْنِي » وَثَبَتَ عَلَى ذٰلِكَ .

النية (وكذلك) الحكم (إذا قال : رأسك حر ، أو وجهك ، أو رقبتك ، أو بدنك) حر (أو قال لأمته : فرجك حر) ، لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن جميع البدن ، وقد مر فى الطلاق ، وإن أضافه إلى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا ، والكلام فيه كالكلام فى الطلاق ، وقد بيناه ، هداية .

(ولو قال لا ملك لى عليك ونوى به الحرية عتق ، وإن لم ينو لم يعتق) لأنه كناية ؛ لأنه يحتمل أنه أراد لا ملك لى عليك لأنى بعتك ، ويحتمل لأنى أعتقتك ؛ فلا يتعين أحدهما مرادا إلا بالنية (وكذلك كنايات العتق) وهى : ما احتمله وغيره كقوله : خرجت من ملكى ، ولا سبيل لى عليك ، ولا رقّ لى عليك ، وقد خليت سبيلك ، لاحتمال نفى هذه الأشياء بالبيع أو الكتابة ، كاحتماله بالعتق ، فلا يتعين إلا بالنية .

(وإن قال لا سلطان لى عليك ونوى به العتق لم يعتق) ، لأن السلطان عبارة عن اليد ، وسمى به السلطان لقيام يده ، وقد يبقى الملك دون اليد كما فى المكاتب ، بخلاف قوله « لا سبيل لى عليك » لأن نفيه مطلقا بانتفاء الملك ، لأن للمولى على المكاتب سبيلا ، فلهذا يحتمل العتق ، هداية .

(وإن قال) لعبده : (هذا ابنى) أو لأمته : هذه بنتى ، وكان بحيث يولد مثله لمثله ، بدليل ما بعده (وثبت على ذلك) قال فى الفتح : قيل : هذا قيد اتفاق

أَوْ قَالَ « هَذا مَوْلَاىَ » ، أَوْ « يَا مَوْلاىَ » عَتَقَ ، وَإِنْ قَالَ « يَا ابْنِى » أَو « يَا أَخِى » لَمْ يَعْتِقْ ، وَإِنْ قَالَ لِغُلَامٍ لا يُولَدُ مِثْلُهُ لِمِثْلِهِ « هَذَا ابْنِى » عَتَقَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِى حَنِيفَةَ ، وَإِذا قَالَ لأَمَتِهِ « أَنْتِ طَالِقٌ » يَنْوِى بِهِ الْحُرِّيَّةَ لَمْ تَعْتِقْ ،

لا معتبر به ، ولذا لم يذكره فى المبسوط ، وفى أصول فخر الإسلام : الثبات على ذلك شرط لثبوت النسب ، لا العتق ، ويوافقه مافى المحيط وجامع شمس الأئمة والمجتبى : هذا ليس بقيد ؛ حتى لو قال بعد ذلك أوهمت أو أخطأت يعتق ولا يصدق ، اه (أو قال هذا مولاى أو) ناداه (يامولاى عتق) ، لأن لفظ «المولى» مشترك أحد معانيه للمتَق ، وفى العبد لايليق إلاهذا المعنى ، فيعتق بلانية ، لأنه التحق بالصريح كقوله « ياحر » و « ياعتيق » كما فى الدر ، ثم فى دعوى البنوة إذا لم يكن للعبد نسب معروف يثبت منه ، وإذا ثبت النسب عتق ، لأنه يستند إلى وقت العلوق ، وإن كان له نسب معروف لا يثبت نسبه للتعذر ويعتق إعمالا للفظ فى مجازه عند تعذر الحقيقة ..

(وإن قال يا ابنى ، أو يا أخى ، لم يعتق) ، لأن هذا اللفظ فى العادة يستعمل للاكرام والشفقة ، ولا يراد به التحقيق ، قال فى التصحيح : وهذا ظاهر الرواية ، وفى رواية شاذة عن الإمام أنه يعتق ، والاعتماد على ظاهر الرواية ، قاله فى شرح نجم الأئمة ، ومثله فى الهداية ، اه (وإن قال لغلام له) كبير بحيث (لايولد مثله) أى الغلام (لمثله) أى المولى : (هذا ابنى ، عتق عليه عند أبى حنيفة) عملا بالمجاز عند تعذر الحقيقة كامر ، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يعتق ، لأنه كلام محال فيلغو ويرد ، قال الإسبيجابى فى شرحه : الصحيح قول أبى حنيفة ، واختاره المحبوبى وغيره . تصحيح (وإذا قال المولى لأمته : أنت طالق) أو بائن (ينوى) بذلك (الحرية لم تعتق) وكذا سائر ألفاظ صريح الطلاق وكناياته ، وذلك لأن ملك اليمين أقوى من ملك النكاح ،

وَإِنْ قَالَ لِعَبْدِهِ « أَنْتَ مِثْلُ الْحُرِّ » لَمْ يَعْتِقْ ، وَإِنْ قَالَ « مَا أَنْتَ إِلاَّ حُرٌّ » عَتَقَ .

وَإِذا مَلَكَ الرَّجُلُ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ عَتَقَ عَلَيْهِ .

وَإِذا أَعْتَقَ الْمَوْلَى بَعْضَ عَبْدِهِ عَتَقَ ذَلِكَ الْبَعْضُ ، وَسَعَى فِي بَقِيَّةِ قِيمَتِهِ لِمَوْلَاهُ ،

ومايكون مزيلا للأضعف لايلزم أن يكون مزيلا للأقوى، بخلاف العكس، كما سبق فى كنايات الطلاق ، ولأن صريح الطلاق وكناياته مستعملة لحرمة الوطء ، وحرمة الوطء لاتنافى المملوكية ، فلا يقع كناية عنه ، كما فى الاختيار (وإن قال لعبده : أنت مثل الحر لم يعتق) ، لأن « مثل » تستعمل للمشاركة فى بعض المعانى عرفا ، فوقع الشك فى الحرية ، فلم تثبت (وإن قال له ما أنت إلا حر عتق) ، لأن الاستثناء من النفى إثبات على وجه التأكيد ، كما فى كلمة التوحيد .

* * *

(وإذا ملك الرجل ذا رحم) ولاداً أو غيره (محرم منه) أى الرحم كما مر (عتق عليه) قال فى الهداية : وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤبدة بالمحرمية ولادا أو غيره ، اهـ. ثم لافرق بين كون الملك بشراء أو إرث أو غيرهما ، ولا بين كون المالك صغيراً أو كبيراً ، مجنوناً أو عاقلا ، ذمّيًّا أو مسلماً ؛ لأنه عتق بسبب الملك، وملكهم صحيح كما فى الجوهرة.

(وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك البعض) الذى نص عليه فقط (وسعى فى بقية قيمته لمولاه) لاحتباس مالية البعض الباقى عند العبد ، فله أن يضمنه كما إذا هبت الريح فى ثوب إنسان وألقته فى صبغ غيره حتى انصبغ به ؛ فعلى صاحب

عِنْدَ أَبِى حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يَعْتِقُ كُلُّهُ .

وَ إِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ عَتَقَ ، فَإِنْ كَانَ الْمُعْتِقُ موسِراً فَشَرِيكُهُ بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ ، وَ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَ شَرِيكَهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ ، وَ إِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدَ ،

الثوب قيمة صبغ الآخر ، موسرا كان أو معسراً ، لما قلنا ، فكذا هنا ، إلا أن العبد فقير فيستسعيه و يصير بمنزلة المكاتب ، غير أنه إذا عجز لا يرد إلى الرق، لأنه إسقاط لا إلى أحد فلا يقبل الفسخ ، بخلاف الكتابة المقصودة ؛ لأنها عقد يقال و يفسخ كما فى الهداية . وهذا (عند أبى حنيفة) لتجزئ الإعتاق عنده ، فيقتصر على ما أعتق (وقال أبو يوسف ومحمد : يعتق كله) لعدم تجزيه عندهما ، فإضافة العتق إلى البعض كإضافته إلى الكل ؛ فيعتق كله ، قال فى زاد الفقهاء : الصحيح قول الإمام ، واعتمده المحبوبى والنسفى وغيرهما ، تصحيح (وإن كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه) منه (عتق) عليه نصيبه ، ثم لا يخلو المعتقُ من أن يكون موسراً أو معسراً (فإن كان المعتِقُ موسراً) وهو: أن يكون مالكاً يوم الإعتاق قدر قيمة نصيب الآخر سوى ملبوسه وقوت يومه فى الأصح كما فى الدر عن المجتبى ، وفى التصحيح: وعليه عامة المشايخ ، وهو ظاهر الرواية ، اهـ (فشريكه بالخيار) بين ثلاثة أشياء ، وهى أنه (إن شاء أعتق) كاأعتق شريكه ، لقيام ملكه فى الباقى ، و يكون الولاء لهما ، لصدور العتق منهما (وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه) ، لأنه جانٍ عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة وغير ذلك مما سوى الإعتاق وتوابعه والاستسعاء ، و يرجع المعتق بما ضمن على العبد، والولاء للمعتق فى هذا الوجه ، لأن العتق كله من جهته حيث ملكه بالضمان (وإن شاء استسعى العبد) لما بينا ، و يكون الولاء بينهما ، لصدور العتق منهما .

وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً فالشَّرِيكُ بِالْخِيارِ : إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى العَبْدَ ، وَقالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : لَيْسَ لَهُ إِلاَّ الضَّمَانُ مَعَ اليَسَارِ ، وَالسِّعَايَةُ مَعَ الإِعْسَارِ ، وَإِذا اشْتَرَى رَجُلاَنِ ابْنَ أَحَدِهِمَا عَتَقَ نَصِيبُ الأَبِ ، وَلاَ ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَكَذَلِكَ إِذا وَرِثَاهُ فَالشَّرِيكُ بِالْخِيارِ : إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى ، وَإِذا شَهِدَ

(وإن كان) المعتق (معسراً فالشريك بالخيار) بين شيئين : (إن شاء أعتق) لبقاء ملكه (وإن شاء استسعى العبد) لما بينا ، والولاء بينهما فى الوجهين ، وليس له تضمين المعتق لأنه صفر اليدين ، وهذا عند أبى حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد : ليس له إلا الضمان) للمعتِق (مع اليسار والسعاية) للعبد (مع الإعسار) قال فى الهداية : وهذه المسألة تبتنى على حرفين : أحدهما تجزؤ الإعتاق وعدمه ، على مابيناه ، والثانى فى أن يسار المعتِق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع، اهـ . قال جمال الإسلام فى شرحه : الصحيح قول أبى حنيفة ، ومشى عليه البرهانى والنسفى وغيرهما . تصحيح (وإذا اشترى رجلان ابن أحدهما عتق) من الابن (نصيب الأب) لأنه ملك شِقْصَ قريبه (ولا ضمان عليه) : أى الأب؛ لأن الشراء حصل بقولهما جميعاً ، فصار الشريك راضيا بالعتق ؛ لأن شراء القريب إعتاق ، فصار كما لو أذن له بإعتاق نصيبه صريحاً حيث شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء ، ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه ، وهو ظاهر الرواية عنه ؛ لأن الحكم يدار على السبب كما فى الهداية (وكذلك) الحكم (إذا ورثاه) لأنه لم يوجد منه فعل أصلا (فالشريك بالخيار) بين شيئين : (إن شاء أعتق نصيبه ، وإن شاء استسعى) العبد ، والولاء بينهما فى الوجهين كما مر ، وهذا عند أبى حنيفة أيضاً ، وقالا فى الشراء : يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسراً ، وإن كان معسراً سعى الابن فى نصف قيمته لشريك الأب ، وعلى هذا الخلاف إذا ملكاه بهبة أو صدقة أو وصية ، وقد علمت أن الصحيح قول الإمام (وإذا شهد) :

كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ عَلَى الآخَرِ بِالْحُرِّيَّةِ عَتَقَ كُلُّهُ ، وَسَعَى الْعَبْدُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نَصِيبِهِ ، مُوسِرَيْنِ كَانَا أَوْ مُعْسِرَيْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : إِنْ كَانَا مُوسِرَيْنِ فَلَا سِعَايَةَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ سَعَى لَهُمَا ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِراً وَالآخَرُ مُعْسِراً سَعَى لِلْمُوسِرِ وَلَمْ يَسْعَ لِلْمُعْسِرِ ، وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ لِوَجْهِ اللهِ تَعَالَى أَوْ لِلشَّيْطَانِ أَوْ لِلصَّنَمِ عَتَقَ .

أى أخبر ، لعدم قبولها وإن تعددوا لجرّهم مغنماً ، در عن البدائع (كل واحد من الشريكين على شريكه (الآخر بالحرية) فى نصيبه وأنكر الآخر (سعى العبد لكل واحد منهما فى نصيبه ، موسرين كانا أو معسرين) أو مختلفين (عند أبى حنيفة) ، لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه ، وأن له التضمين أو السعاية ، وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك ، فتعين الاستسعاء، والولاء لهما ؛ لأن كلا منهما يقول : عتق نصيب صاحبى عليه بإعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبى بالسعاية وولاؤه لى . (وقال أبو يوسف ومحمد : إن كانا موسرين فلا سعاية عليه) ، لأن من أصلهما أن السعاية لا تثبت مع اليسار ، فوجود اليسار من كل منهما إبراء للعبد من السعاية (وإن كانا معسرين سعى لهما) ،لأن فى زعمهما أن الواجب هو السعاية دون الضمان للعسرة ، فلم يكن إبراء للعبد من السعاية ، فيسعى لهما (وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً سعى للموسر ولم يسع للمعسر) ، لما علمت . قال الإمام أبو المعالى فى شرحه : الصحيح قول الإمام ، واختاره المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة . تصحيح .

(ومن أعتق عبده لوجه الله أو للشيطان أو للصنم عتق) عليه ، لصدور الإعتاق من أهله مضافا إلى محله فيقع ويلغو قوله بعده « للصنم » أو «للشيطان»، ويكون آثما به ، بل إن قصد التعظيم كفر .

وَعِتْقُ الْمُكْرَهِ وَالسَّكْرانِ وَاقِعٌ ، وَإِذا أَضافَ الْعِتْقَ إِلى مِلْكٍ أَوْ شَرْطٍ صَحَّ كَمَا يَصِحُّ فِي الطَّلاقِ ، وَإِذا خَرَجَ عَبْدٌ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ إِلَيْنَا مُسْلِمًا عَتَقَ ، وَإِذا أَعْتَقَ جارِيَةً حامِلاً عَتَقَ حَمْلُها ، وَإِنْ أَعْتَقَ الْحَمْلَ خاصَّةً عَتَقَ وَلَمْ تَعْتِقِ الْأُمُّ .

(وعتق المكره والسكران) بسبب محظور (واقع) لصدوره من أهله فى محله كما مر فى الطلاق ، قيدنا السكر بسبب محظور ، لأن غير المحظور كسكر المضطر بمنزلة الإغماء لا يصح معه التصرف ، سواء كان طلاقا أو عتاقا أو غيرهما كما فى البحر عن التحرير .

(وإذا أضاف العتق إلى ملك) كإن ملكتك فأنت حر (أو) إلى وجود (شرط) كإن دخلت الدار فأنت حر (صح) لأنه إسقاط ؛ فيجرى فيه التعليق (كما يصح) ذلك (فى الطلاق) وقد سبق بيانه .

(وإذا خرج عبد من دار الحرب إلينا مسلماً عتق) ، لأنه لما دخل دار الإسلام ظهرت يده وهو مسلم فلا يسترق .

(وإذا أعتق) المولى (جارية حاملا عتق حملها) معها ، لأنه بمنزلة عضو من أعضائها ، ولو استثناهُ لا يصح كاستثناء جزء منها ، كما فى البحر . أطلق فى عتق الحمل فشمل ما إذا ولدته بعد عتقها لستة أشهر أو أقل ، لكن إن ولدته لأقل فإنه يعتق مقصوداً ، لا بطريق التبعية ، فحينئذ لا ينجر ولاؤه إلى موالى الأب كما فى البحر (وإن أعتق الحمل خاصة عتق ولم تعتق الأم) معه ، لأنه لا وجه إلى إعتاقها مقصوداً لعدم الإضافة ولا تبعاً لما فيه من قلب الموضوع ، هداية . وهذا إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر ،لتحقق وجوده ؛ وإلا لم يعتق، لجواز أن تكون حملت به بعد القول فلا يعتق بالشك ، إلا أن تكون معتدة من الزوج وجاءت به لدون سنتين ، وإن جاءت بولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر والآخر لأكثر عتقا جميعاً لأنهما حمل واحد كما فى الجوهرة .

وَ إذا أعْتَقَ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ فقَبِلَ الْعَبْدُ عَتَقَ وَلَزِمَهُ المَالُ ، وَلَوْ قَالَ « إنْ أدَّيْتَ إلَيَّ ألفاً فأنْتَ حُرٌّ » صَحَّ وَصَارَ مَأْذُوناً ، فإنْ أحْضَرَ المَالَ أجْبَرَ الحَاكِمُ المَوْلَى عَلَى قَبْضِهِ وَعَتَقَ العَبْدُ .

وَوَلَدُ الأَمَةِ مِنْ مَوْلاهَا حُرٌّ ، وَوَلَدُهَا مِنْ زَوْجِهَا مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهَا .

وَوَلَدُ الحُرَّةِ مِنَ العَبْدِ حُرٌّ .

(و إذا أعتق عبده على مال) كأنت حر على ألف درهم ، أو بألف درهم ، (فقبل العبد) فى المجلس صح و (عتق) العبد فى الحال (ولزمه المال) المشروط فيصير دينا فى ذمته . و إطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد والعرض والحيوان و إن كان بغير عينه ، لأنه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح ، وكذا الطعام والمكيل والموزون إذا كان معلوم الجنس ، ولا تضر جهالة الوصف لأنها يسيرة ، وأما إذا كثرت الجهالة بأن قال «أنت حر على ثوب» فقبل عتق وعليه قيمة نفسه ، جوهرة (ولو) علق عتقه بأداء المال بأن (قال: إن أديت إلىَّ ألفا فأنت حر ـ صح) التعليق (وصار) العبد (مأذونا) ، لأن الأداء لا يحصل إلا بالكسب والكسب بالتجارة فكان إذنا له دلالة (فإن أحضر) العبد (المال) المشروط عليه (أجبر الحاكم المولى على قبضه وعتق العبد) قال فى الهداية : ومعنى الإجبار فيه وفى سائر الحقوق أنه ينزل قابضاً بالتخلية . اهـ .

(وولد الأمة من مولاها حر) ، لأنه مخلوق من مائه فيعتق عليه ، وهذا إذا ادعاه المولى (وولدها من زوجها) سواء كان حراً أو مملوكا (مملوك لسيدها) لأن الولد تابع للأم فى الملك والرق ، إلا ولد المغرور (وولد الحرة من العبد حر) تبعاً لأمه كما تبعها فى الملك والرق وأمية الولد والكتابة ، كما فى الهداية .

باب التدبير

إذا قَالَ الْمَوْلَى لِمَمْلُوكِهِ « إذا مُتُّ فأنْتَ حُرٌّ ، أو أنْتَ حُرٌّ عَنْ دُبُرٍ مِنِّى ، أَوْ أنتَ مُدَبَّرٌ ، أوْ قَدْ دَبَّرْتُكَ » فَقَدْ صَارَ مُدَبَّراً : لايَجُوزُ بَيْعُهُ، وَلاَ هِبَتُهُ ، وَلِلْمَوْلَى أنْ يَسْتَخْدِمَهُ وَيُؤَاجِرَهُ ، وَإِنْ كَانَتْ أمَةً وَطِئَهَا ، وَلَهُ أنْ يُزَوِّجَهَا ، فإذا مَاتَ المَوْلَى عَتَقَ المدبَّرُ مِنْ ثُلُث مَالِهِ إنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ ، وَإنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ سَعَى

باب التدبير

هو لغة : النظر إلى عاقبة الأمر ؛ وشرعا : تعليق العتق بموته ؛ كما أشار إلى ذلك بقوله : (إذا قال المولى لمملوكه : إذا مت فأنت حر ، أو أنت حر عن دبر منى ، أو أنت مدبر ، أو قد دبرتك) أو أنت حر بعد موتى ؛ أو أعتقتك بعد موتى ، أو مع موتى ، أو عند موتى ، أو فى موتى (فقدصار) العبد(مدبرا)لأن هذه الألفاظ صريحة فى التدبير .

و إذا صار مدبرا (فلا يجوز) لمولاه (بيعه ، ولاهبته)ولا إخراجه عن ملكه إلا إلى الحرية ، كما فى الكتابة ، هداية (و) يجوز (للمولى أن يستخدمه و يؤاجره ، و إن كانت) المدبرة (أمة وطئها وله أن يزوجها) جبرا ؛ لأن الملك ثابت له ، و به يستفاد ولاية هذه التصرفات .

(فإذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله إن خرج من الثلث) و إلا فبحسابه لأن التدبير وصية ، لأنه تبرع مضاف إلى وقت الموت ، والحكم غير ثابت فى الحال فينفذ من الثلث ، هداية (و إن لم يكن له مال غيره سعى) المدبر للورثة

فِي ثُلُثَيْ قِيمَتِهِ ، وَإِنْ كَانَ عَلَى الْمَوْلَى دَيْنٌ سَعَى فِي جَمِيعِ قِيمَتِهِ لِغُرَمَائِهِ ، وَوَلَدُ الْمُدَبَّرَةِ مُدَبَّرٌ ، فَإِنْ عَلَّقَ التَّدْبِيرَ بِمَوْتِهِ عَلَى صِفَةٍ — مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : إِنْ مُتُّ مِنْ مَرَضِي هٰذَا، أَوْ سَفَرِي هٰذَا ، أَوْ مِنْ مَرَضِ كَذَا — فَلَيْسَ بِمُدَبَّرٍ ، وَيَجُوزُ بَيْعُهُ ، فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي ذَكَرَهَا عَتَقَ كَمَا يَعْتِقُ الْمُدَبَّرُ .

(فى ثلثى قيمته) لأن عتقه من الثلث ، فيعتق ثلثه ويسعى فى ثلثيه (فإن كان على المولى دين) يستغرق رقبة المدبر (سعى فى جميع قيمته للغرماء) ، لتقدم الدَّيْنِ على الوصية،ولا يمكن نقضُ العتق ،فيجب رد قيمته، وهو حينئذ كمكاتب عند الإمام ، وقالا: حر مديون (وولد) الأمة (المدبرة مدبر) تبعاً لأمه .

(فإن علق التدبير بموته على صفة) وذلك (مثل أن يقول : إن مت من مرضى هذا أو سفرى) هذا (أو من مرض كذا) أو مات فلان (فأنت مدبر فليس بمدبر)حالا ،لأن الموت على تلك الحالة ليس كائنا لامحالة ، فلم ينعقد سبباً فى الحال ، و إذا انتفى معنى السببية لتردده بين الثبوت والعدم بقى تعليقاً كسائر التعليقات لا يمنع التصرف فيه ، (و) لذا (يجوز بيعه) ورهنه وهبته (فإن مات المولى على الصفة التى ذكرها) وعلق تدبيره على وجودها ـ بأن مات من سفره أو مرضه ـ (عتق كما يعتق المدبر) المطلق ، لأن الصفة لما صارت معينة فى آخر جزء من أجزاء الحياة أخذ حكم المدبر المطلق لوجود الإضافة إلى الموت وزوال التردد ، درر .

باب الاستيلاد

إذا وَلَدَتِ الأَمَةُ مِنْ مَوْلاَهَا فَقَدْ صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ ، لا يَجُوزُ بَيْعُهَا ، وَلاَ تَمْلِيكُهَا ، وَلَهُ وَطْؤهَا وَاسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا وَتَزْوِيجُهَا ، وَلاَ يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا إِلاَّ أَنْ يَعْتَرِفَ بِهِ الْمَوْلَى ، فَإِنْ جَاءَتْ بَعْدَ ذَلِكَ بِوَلَدٍ ثَبَتَ نَسَبُهُ بِغَيْرِ إِقْرَارٍ ، وَإِنْ نَفَاهُ انْتَفَى بِقَوْلِهِ ، وَإِنْ زَوَّجَهَا

باب الاستيلاد

هو لغةً : طلب الولد ، وشرعا : طلب المولى الولد من أمة بالوطء . درر .

(إذا ولدت الأمة) ولو مدبرة (من مولاها فقد صارت أم ولد له) وحكمها حكم المدبرة : (لا يجوز بيعها ، ولا تمليكها) ولا رهنها (وله وطؤها واستخدامها وإجارتها وتزويجها) جبراً ، لأن الملك فيها قائم كما في المدبر (ولا يثبت نسب ولدها) من مولاها (إلا أن يعترف به المولى) ، لأن وطء الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد ، فلا بد من الدعوى ، بخلاف العقد ، لأن الولد يتعين مقصوداً منه فلا حاجة إلى الدعوى ، كما في الهداية (فإن جاءت بعد ذلك) : أي بعد اعترافه بولدها الأول (بولد) آخر (يثبت نسبه منه بغير إقرار) ، لأنه بدعوى الأول تعين الولد مقصوداً منها، فصارت فراشه كالمعقودة(و) لكنه (إن نفاه انتفى ب)مجرد (قوله) : أي من غير لعان ، لأن فراشها ضعيف، حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حتى لا ينتفي الولد بنفيه إلا باللعان لتأكيد الفراش، حتى لا يملك إبطاله بالتزويج، هداية. وفيها :وهذا الذي ذكرناه حكم ،وأما الديانة فإن كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها فيلزمه أن يعترف به ويدعي، لأن الظاهر أن الولد منه، وإن عزل عنها أولم يحصنها جازله أن ينفيه ، لأن هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر ، كذا روي عن أبي حنيفة ، وفيه روايتان أخريان عن أبي يوسف ومحمد ذكرناهما في كفاية المنتهي ، اهـ (وإن زوجها) :

فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَهُوَ فِي حُكْمِ أُمِّهِ ، وَإِذَا مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَتْ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ ، وَلا تَلْزَمُهَا السِّعَايَةُ لِلْغُرَمَاءِ إِنْ كَانَ عَلَى الْمَوْلَى دَيْنٌ ، وَإِذَا وَطِئَ الرَّجُلُ أَمَةَ غَيْرِهِ بِنِكَاحٍ فَوَلَدَتْ مِنْهُ ثُمَّ مَلَكَهَا صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ ، وَإِذَا وَطِئَ الأَبُ جَارِيَةَ ابْنِهِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ .

أى زوّج المولى أمّ ولده (فجاءت بولد) من زوجها (فهو فى حكم أمه) لأن حق الحرية يسرى إلى الولد .

(وإذا مات المولى عتقت) أم ولده (من جميع المال) لأن الحاجة إلى الولد أصلية ،فيقدم على حق الورثة والدّين كالتكفين ، بخلاف التدبير ، لأنه وصيّة بما هو من زوائد الحوائج (ولا تلزمها) أى أم الولد (السعاية للغرماء إن كان على المولى دين) لما قلنا ، ولأنها ليست بمال متقوم ، حتى لا يضمن بالغصب عند أبى حنيفة ، فلايتعلق بها حق الغرماء .

(وإذا وطئ الرجل أمة غيره بنكاح فولدت منه ثم) بعد ذلك(ملكها) بوجه من وجوه الملك (صارت أم ولد له) ، لأن السبب هو الجزئية ، والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد إلى كل منهما كملا ، وقد ثبت النسب ، فتثبت الجزئية بهذه الواسطة ، وقد كان المانع حين الولادة ملك الغير ، وقد زال . قيد بالنكاح لأنه لو كان الوطء بالزنا لا تصير أم ولد له ، لأنه لا نسبة لولد الزنا من الزانى ، وإنما يعتق عليه إذا ماملكه لأنه جزؤه حقيقة ، وتمامه فى البحر .

(وإذا وطئ الأب جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه) الأب (ثبت نسبه منه ، وصارت أم ولد له) سواء صدقه الابن أو كذبه ، ادعى الأب شبهة أو لم يدع لأن للأب أن يتملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء للأكل والشرب، فله أن يتملك جاريته

وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ عُقْرُهَا وَلاَ قِيمَةُ وَلَدِهَا ، وَإِنْ وَطِىءَ أَبُ الْأَبِ مَعَ بَقَاءِ الْأَبِ لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ ، فَإِنْ كَانَ الْأَبُ مَيِّتاً يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنَ الْجَدِّ كَمَا يَثْبُتُ مِنَ الْأَبِ ، وَإِذَا كَانَتِ الْجَارِيَةُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ ، وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ ، وَعَلَيْهِ نِصْفُ عُقْرِهَا

للحاجة إلى صيانة مائه وبقاء نسله، لأن كفاية الأب على ابنه كما مر ، إلا أن الحاجة إلى صيانة مائه دون حاجته إلى بقاء نفسه ، ولذا قالوا « يتملك الطعام بلاقيمة والجارية بقيمتها» كما صرح به بقوله (وعليه قيمتها) :أي الجارية يوم العلوق ؛ لأنها انتقلت إليه حينئذ ، ويستوى فيه الموسر والمعسر ؛ لأنه ضمان تملك (وليس عليه عقرها) لثبوت الملك مستنداً لما قبل العلوق ضرورة صحة الاستيلاد، وإذا صح الاستيلاد فى ملكه لا يلزمه عقرها (ولا قيمة ولدها) لعلوقه حرّ الأصل ، عبر بالجارية ليفيد أنها محل التملك ، حتى لو كانت أم ولد الابن أو مدبرته لاتصح دعوى الأب ولا يثبت النسب ، ويلزم الأب العقر كما فى الجوهرة (وإن وطىء) الجد (أب الأب جارية ابن ابنه (مع بقاء) ابنه (الأب لم يثبت النسب) ، لأنه لا ولاية للجد حال قيام الأب (وإن كان الأب ميتا يثبت النسب من الجد) وصارت أم ولد له (كما يثبت من الأب) لظهور ولايته عند فقد الأب ، وكُفْرُ الأب ورقه بمنزلة موته ، لأنه قاطع للولاية ، هداية .

(وإذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه) ، لأنه لما ثبت فى نصيبه لمصادفته ملكه ثبت فى الباقى ضرورة أنه لا يتجزأ، لما أن سببه ــ وهو العلوق ــ لا يتجزأ، لأن الولد الواحد لا ينعلق من ماءين (وصارت أم ولد له) اتفاقاً : أما عندهما فظاهر ، لأن الاستيلاد لا يتجزأ ؛ وأما عنده فيصير نصيبه أم ولد ثم يتملك نصيب صاحبه إذ هو قابل للملك فتكمل له (و) وجب (عليه) لشريكه (نصف عقرها) ، لأنه وطىء جارية مشتركة، إذ الملك يثبت حكما للاستيلاد

وَنِصْفُ قِيمَتِهَا ، وَ لَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ قِيمَةِ وَلَدِهَا ، وَ إِذَا ادَّعَيَاهُ مَعاً ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُمَا ، وَكَانَتِ الأُمُّ أُمَّ وَلَدٍ لَهُمَا ، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الْعُقْرِ قِصَاصاً بِمَالَهُ عَلَى الآخَرِ ، وَيَرِثُ الابْنُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِيرَاثَ ابْنٍ كَامِلٍ ، وَهُمَا يَرِثَانِ مِنْهُ مِيرَاثَ أَبٍ وَاحِدٍ ،

فيتعقبه الملك فى نصيب صاحبه ، بخلاف الأب إذا استولد جارية ابنه ؛ لأن الملك هنالك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه ، فيصير واطئاً ملك نفسه (و) كذا (نصف قيمتها) لأنه تملك نصيب صاحبه حين استكمل الاستيلاد ؛ وتعتبر قيمتها يوم العلوق لأن أمومية الولد تثبت من ذلك الوقت ، و يستوى فيه المعسر والموسر لأنه ضمان تمليك كما مر (وليس عليه شيء من قيمة ولدها) لأن النسب يثبت مستنداً إلى وقت العلوق ، فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك، هداية (فإن ادعياه) : أى الشريكان (معاً) وكان الحبل فى ملكهما (ثبت نسبه منهما) لاستوائهما فى سبب الاستحقاق فيستويان فيه ، والنسب و إن كان لا يتجزأ، ولكن يتعلق به أحكام متجزئة: فما يقبل التجزئة يثبت فى حقهما على التجزئة ، وما لا يقبلها يثبت فى حق كل كملا كأنه ليس معه غيره ، إلا إذا كان أحد الشريكين أب الآخر ، أو كان مسلماً والآخر ذمياً، لوجود المرجح فى حق المسلم وهو الإسلام وفى حق الأب وهو ماله عليه من الحق، هداية. (وكانت الأم أم ولد لهما) ، لثبوت نسب ولدها منهما (و) وجب (على كل واحد منهما نصف العقر) لصاحبه ، لأن كل واحد منهما واطيء لنصيب شريكه فإذا سقط الحد لزمه العقر ، و يكون ذلك (قصاصاً بما) وجب (له على الآخر)، لأن كل واحد منهما وجب له على صاحبه مثل ما وجب عليه ، فلا فائدة فى قبضه ورده (ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل) لأنه أقر له بميراثه كله وهو حجة فى حقه (وهما): أى المدعيان بنوته (يرثان منه ميراث أب واحد) لاستوائهما فى السبب

وَإِذَا وَطِىءَ الْمَوْلَى جَارِيَةَ مُكَاتَبِهِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ : فَإِنْ صَدَّقَهُ الْمُكَاتَبُ ثَبَتَ نَسَبُ الْوَلَدِ مِنْهُ ، وَكَانَ عَلَيْهِ عُقْرُهَا وَقِيمَةُ وَلَدِهَا، وَلَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ ، وَإِنْ كَذَّبَهُ فِي النَّسَبِ لَمْ يَثْبُتْ .

أو اشترياها بعد الولادة فادعياه لا تكون أم ولد لهما ، لأن هذه دعوى عتق ، لا دعوى استيلاد ، فإن شرطها كون العلوق فى الملك ، فيعتق الولد مقتصراً على وقت الدعوى كما فى الفتح . وفى الجوهرة : ولو اشترياها وهى حامل فولدت فادعياه فهو ابنهما ولا عقر لأحد منهما على صاحبه ، لأن وطء كل منهما فى غير ملك الآخر ، اه

(وإذا وطىء المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه) المولى (فإن صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه) ، لوجود سبب الملك ـ وهو رق المكاتب ـ وهذا كاف فى ثبوت النسب ، لأنه يحتاط فى إثباته (وكان عليه) لمكاتبه (عقرها) لأنه لا يتقدمه الملك، لأن ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد (و) كذا (قيمة ولدها) لأنه فى معنى المغرور حيث اعتمد دليلا، وهو أنه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه، هداية (و) لكن (لا تصير) الجارية (أم ولد له) لأنه لا ملك له فيها حقيقة كما فى ولد المغرور ، هداية (وإن كذبه) المكاتب (فى) دعوى (النسب لم يثبت) ، لأن فيه إبطال ملك المكاتب ، فلا يثبت إلا بتصديقه ، وهذا ظاهر الرواية، وعن أبى يوسف : لا يعتبر تصديقه ، اعتباراً بالأب يدعى جارية ابنه، ووجه ظاهر الرواية — وهو الفرق — أن المولى لا يملك التصرف فى أكساب مكاتبه حتى لا يتملكه ، والأب يملك تملكه ، فلا معتبر بتصديق الابن ، هداية .

كتاب المكاتب

وَإِذَا كَاتَبَ الْمَوْلَى عَبْدَهُ أَوْ أَمَتَهُ عَلَى مَالٍ شَرَطَهُ عَلَيْهِ وَقَبِلَ الْعَبْدُ ذَلِكَ صَارَ مُكَاتَباً، وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمَالَ حَالاً وَمُؤَجَّلاً وَمُنَجَّماً وَتَجُوزُ كِتَابَةُ الْعَبْدِ الصَّغِيرِ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ.

وَإِذَا صَحَّتِ الْكِتَابَةُ خَرَجَ الْمُكَاتَبُ مِنْ يَدِ الْمَوْلَى.

كتاب المكاتب

أورده هنا لأن الكتابة من توابع العتق كالتدبير والاستيلاد.

وهى لغة : الضم والجمع، ومنه الكتيبة للجيش العظيم، والكتب لجمع الحروف فى الخط. وشرعاً: تحرير المملوك يداً حالا ورقبة مآلا، أى: عندأداء البدل. وركنها : الإيجاب والقبول، وشرطها : كون البدل معلوماً، كما أشار إلى ذلك بقوله: (إذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال) معلوم (شرطه عليه، وقبل العبد ذلك؛ صار) العبد (مكاتباً) لوجود الركن والشرط ، والأمرُ فى قوله تعالى: « فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً » للندب على الصحيح ، والمراد بالخير أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق ، فلو يضر بهم فالأفضل تركه ، وإن كان يصح لو فعله ، كما فى الهداية .

(ويجوز أن يشترط)المولى (المال) كله (حالا ، و) يجوز أن يشترطه كله (مؤجلا) إلى أجل معلوم (و) يجوز (منجماً) أى مقسطاً على أزمنة معينة ،لأنه عقد معاوضة ؛ فأشبه الثمن فى البيع (ويجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل البيع والشراء) إذ العاقل من أهل القبول ، والتصرف نافع فى حقه ، فيجوز .

(و إذا صحت الكتابة) بوجود ركنهاوشرطها(خرج المكاتب من يدالمولى)

وَلَمْ يَخْرُجْ مِنْ مِلْكِهِ ، فَيَجُوزُ لَهُ البَيْعُ والشِّرَاءُ والسَّفَرُ ، وَلا يَجُوزُ لَهُ التَّزَوُّجُ إِلا بِإِذْنِ المَوْلَى ، ولا يَهَبُ وَلا يَتَصَدَّقُ إِلا بالشَّيْءِ اليَسِيرِ ، وَلا يَتَكَفَّلُ ، فإِنْ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ أَمَةٍ لَهُ دَخَلَ فى كِتَابَتِهِ ، وكَانَ حُكْمُهُ كَحُكْمِهِ ، وكَسْبُهُ لَهُ ، وَإِنْ زَوَّجَ المَوْلى عَبْدَهُ مِنْ أَمَتِهِ ثُمَّ كَاتَبَهُمَا فَوَلَدَتْ مِنْهُ

لتحقيق مقصود الكتابة ، وهو أداء البدل (ولم يخرج من ملكه) : أى المولى؛ لأنه عقد معاوضة فيقتضى المساواة بين المتعاقدين ؛ وينعدم ذلك بتنجيز العتق ، ويتحقق بتأخره ،فيثبت للمكاتب نوع مالكية، والمولى البدل فى زمنه،فإن أعتقه عتق بعتقه لأنه مالك لرقبته ، وسقط عنه بدل الكتابة . كما فى الهداية (فيجوز له البيع والشراء والسفر) ؛ لأن موجب الكتابة أن يصير حراً يداً بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله إلى المقصود وهو نيل الحرية بأداء البدل ،والبيع والشراء من هذا القبيل ، وكذلك السفر ، لأن التجارة ربما لا تتفق فى الحضر فيحتاج إلى المسافرة ، ويملك البيع بالمحاباة ؛ لأنه من صنيع التجار ، فإن التاجر قد يحابى فى صفقة ليربح فى الأخرى ، هداية (ولا يجوز له التزوج إلا بإذن المولى) ، لأن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل إلى المطلوب ؛ والتزوج ليس وسيلة إليه . ويجوز بإذن المولى لأن الملك له ، هداية (ولا يهب)المكاتب (ولا يتصدق)لأنه تبرع وهولا يملكه (إلا) أن يكون (بالشيء اليسير)، لأنه من ضرورة التجارة ، ومن ملك شيئا ملك ماهو من ضروراته وتوابعه (ولا يتكفل) لأنه تبرع محض ، وليس من ضروريات التجارة والاكتساب (فإن ولد له ولد من أمة له) فادعاه ثبت نسبه منه، وإن كان لا يجوز له الاستيلاد ، و(دخل) الولد (فى الكتابة)لأن المكاتب من أهل أن يكاتب وإن لم يكن من أهل الإعتاق،فيجعل مكاتباً تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان (وكان حكمه) : أى الولد (كحكمه) أى الأب (وكسبه له) ، لأن كسب الولد كسبه ، وكذا إذا ولدت المكاتبة من زوجها (وإن زوج المولى عبده من أمته ثم كاتبهما فولدت منه) :

وَلَداً دَخَلَ فِي كِتَابَتِهَا وَكَانَ كَسْبُهُ لَهَا ، وَإِنْ وَطِيءَ الْمَوْلَى مُكَاتَبَتَهُ لَزِمَهُ الْعُقْرُ ، وَإِنْ جَنَى عَلَيْهَا أَوْ عَلَى وَلَدِهَا لَزِمَتْهُ الْجِنَايَةُ ، وَإِنْ أَتْلَفَ مَالاً لَهَا غَرِمَهُ وَإِذَا اشْتَرَى الْمُكَاتَبُ أَبَاهُ أَوِ ابْنَهُ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ ، وَإِنِ اشْتَرَى أُمَّ وَلَدِهِ دَخَلَ وَلَدُهَا فِي الْكِتَابَةِ وَلَمْ يَجُزْ بَيْعُهَا ، وَإِنِ اشْتَرَى ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ لاَ وِلاَدَ لَهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي كِتَابَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ،

أى من زوجها المكاتب (ولداً دخل) الولد (فى كتابتها) : أى الأمة (وكان كسبه لها) لأن تبعية الأم أرجح ، ولهذا يتبعها فى الرق والحرية (وإن وطىء المولى مكاتبته لزمه العقر) ؛ لأنها صارت أحق بأجزائها ، ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان (وإن جنى عليها أو على ولدها) جناية خطأ (لزمته الجناية) لما بيناه ، قيدنا الجناية بالخطأ لأن جناية العمد تسقط للشبهة ، كما فى الجوهرة (وإن أتلف مالا لها غرمه) لأن المولى كالأجنبى فى حق أكسابها (وإذا اشترى المكاتب أباه) وإن علا (أو ابنه) وإن سفل (دخل فى كتابته) ؛ لما مر من أنه أهل أن يكاتب وإن لم يكن من أهل الإعتاق ، فيجعل مكاتباً تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان ، ألا يرى أن الحر متى كان يملك الإعتاق يعتق عليه ، كما فى الهداية (وإن اشترى أم ولده) مع ولدها منه (دخل ولدها فى الكتابة) ؛ لأنه ولده ، ولم تدخل هى (و) لكن (لم يجز له بيعها) لأنها أم ولده ، وإن لم يكن معها ولد فكذلك الجواب عندهما ، خلافاً لأبى حنيفة ، قال الإسبيجابى : الصحيح قوله ، ومشى عليه المحبوبى ، تصحيح (وإن اشترى) المكاتب (ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل فى كتابته عند أبى حنيفة) ؛ لأن المكاتب له كسب لا ملك ، والكسب يكفى للصلة فى الولاد دون غيره ، حتى إن القادر على الكسب يخاطب بنفقة قرابة الولاد دون غيرها ، لأنها على الموسر كما مر ، وقالا : يدخل ، اعتباراً

وَإِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَبُ عَنْ نَجْمٍ نَظَرَ الْحَاكِمُ فِي حَالِهِ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ يَقْتَضِيهِ ، أَوْ مَالٌ يَقْدُمُ إِلَيْهِ ، لَمْ يَعْجَلْ بِتَعْجِيزِهِ ، وَانْتَظَرَ عَلَيْهِ الْيَوْمَيْنِ وَالثَّلاثَةَ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَجْهٌ وَطَلَبَ الْمَوْلَى تَعْجِيزَهُ عَجَّزَهُ وَفَسَخَ الْكِتَابَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : لاَ يُعَجِّزُهُ حَتَّى يَتَوَالَى عَلَيْهِ نَجْمَانِ ؛ وَإِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَبُ عَادَ إِلَى أَحْكَامِ الرِّقِّ ، وَكَانَ مَا فِي يَدِهِ مِنَ الأَكْسَابِ لِمَوْلاَهُ ، وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَلَهُ مَالٌ لَمْ تَنْفَسِخِ الْكِتَابَةُ وَقُضِيَتْ كِتَابَتُهُ مِنْ أَكْسَابِهِ وَحُكِمَ بِعِتْقِهِ فِي آخِرِ جُزْءٍ

بقرابة الولاد ، لأن وجوب الصلة ينتظمهما ، ولهذا لايفترقان فى الحرفى حق الحرية قال فى التصحيح : وجعل الاسبيجابى قوله استحسانا ؛ واختاره المحبوبى والنسفى وغيرهما ، اه .

(وإذا عجز المكاتب عن) أداء (نجم نظر الحاكم فى حاله) بالسؤال منه ، (فإن كان له دين يقتضيه ، أو مال) فى يد غائب (يقدم) عليه (لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين والثلاثة) نظراً للجانبين . والثلاثة هى المدة التى ضربت لإبلاء العذر : كإمهال الخصم للدفع ، والمديون للقضاء ، فلا يزاد عليه، هداية (وإن لم يكن له وجه ، وطلب المولى تعجيزه عجزه) الحاكم (وفسخ الكتابة) لتبين عجزه ، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد (وقال أبو يوسف : لايعجزه حتى يتوالى عليه نجمان) قال جمال الإسلام فى شرحه : الصحيح قول أبى حنيفة ومحمد ، واعتمده البرهانى والنسفى وغيرهما ، تصحيح .

(وإذا عجز المكاتب) بالقضاء أو الرضا (عاد إلى أحكام الرق) لانفساخ الكتابة (وكان ما فى يده من الأكساب للمولى) ؛ لأنه ظهر أنه كسب عبده لأنه كان موقوفاً عليه أو على مولاه ، وقد زال التوقف (وإن مات المكاتب وله مال) يفى ببدله (لم تنفسخ الكتابة وقضيت كتابته من أكسابه)حالا (وحكم بعتقه فى آخر جزء

مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً وَتَرَكَ وَلَداً مَوْلُوداً فِي الْكِتَابَةِ سَعَى فِي كِتَابَةِ أَبِيهِ عَلَى نُجُومِهِ ، وَإِذَا أَدَّى حَكَمْنَا بِعِتْقِ أَبِيهِ قَبْلَ مَوْتِهِ وَعَتَقَ الْوَلَدُ ، وَإِنْ تَرَكَ وَلَداً مُشْتَرًى فِي الْكِتَابَةِ قِيلَ لَهُ : إِمَّا أَنْ تُؤَدِّيَ الْكِتَابَةَ حَالاً ، وَإِلا رُدِدْتَ فِي الرِّقِّ .

وَإِذَا كَاتَبَ الْمُسْلِمُ عَبْدَهُ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ أَوْ عَلَى قِيمَةِ نَفْسِهِ فَالْكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ ، فَإِنْ أَدَّى الْخَمْرَ عَتَقَ وَلَزِمَهُ أَنْ يَسْعَى فِي قِيمَتِهِ

من أجزاء حياته) ومابقى فهو ميراث لورثته ، وتعتق أولاده تبعاً له (و إن لم يترك وفاء وترك ولداً مولوداً فى الكتابة سعى) الولد (فى كتابة أبيه على نجومه) المنجمة عليه (فإذا أدى) ما على أبيه (حكمنا بعتق أبيه قبل موته ، وعتق الولد) الآن ؛ لأن الولد داخل فى كتابته ، وكسبه ككسبه ، فيخلفه فى الأداء، وصار كما إذا ترك وفاء (و إن ترك ولداً مشترى قيل له) أى للولد : (إما أن تؤدى الكتابة حالا ، و إلا رددت فى الرق) ؛ لأنه لم يدخل تحت العقد لعدم الإضافة إليه ، ولا يسرى إليه حكمه لانفصاله ، بخلاف المولود فى الكتابة ، لأنه متصل به وقت الكتابة فيسرى الحكم إليه ، وهذا عند أبى حنيفة ، وقالا : هو كالمولود فى الكتابة ، لأنه يكاتب تبعاً فاستويا كما فى الاختيار .

(و إذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة) ، لأن الخمر والخنزير ليسا بمال فى حق المسلم فتسميتها تفسد العقد ،وكذلك القيمة ، لأنها مجهولة (فإن أدى) ما كوتب عليه ، أعنى (الخمر) أو الخنزير (عتق) المكاتب بالأداء؛ لأنهما مال فى الجملة (ولزمه أن يسعى فى قيمته) : أى قيمة نفسه، لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد ، وقد تعذر ذلك بالعتق ؛فيجب رد قيمته، كما فى البيع الفاسد إذا تلف المبيع ، وأما فيما إذا كاتبه على قيمة نفسه فإنه يعتق بأداء القيمة ، لأنه هو البدل ، بخلاف ماإذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب ، لأنه لا يوقف فيه على مراد العاقد ؛ لاختلاف أجناسه ، فلا يثبت العتق

وَلاَ يَنْقُصُ مِنَ الْمُسَمَّى وَيُزَادُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى حَيَوَانٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ فَالْكِتَابَةُ جَائِزَةٌ ، وَإِذَا كَاتَبَ عَبْدَيْهِ كِتَابَةً وَاحِدَةً بِأَلْفِ دِرْهَمٍ : إِنْ أَدَّيَا عَتَقَا ، وَإِنْ عَجَزَا رُدَّا إِلَى الرِّقِّ ، وإِنْ كَاتَبَهُمَا عَلَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَامِنٌ عَنِ الآخَرِ جَازَتِ الْكِتَابَةُ ، وَأَيُّهُمَا أَدَّى عَتَقَا

بدون إرادته كما فى الهداية . وأعلم أنه متى سمى مالا وفسدت الكتابة بوجه من الوجوه وجبت قيمته (و) لكن (لا ينقص من المسمى ويزاد عليه) وذلك كمن كاتب عبده على ألف رطل من خمر فأدى ذلك عتق ووجبت عليه قيمة نفسه إن كانت أكثر من الألف ، وإن كانت أقل لا يسترد الفضل ، وتمامه فى التصحيح ، قال فى المبسوط : إذا كاتب عبده بألف على أن يخدمه أبداً فالكتابة فاسدة ، فتجب القيمة ، فإن كانت ناقصة عن الألف لا ينتقص ، وإن كانت زائدة زيدت عليه ، اهـ .

(وإن كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة) قال فى الهداية : ومعناه أن يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة ، وينصرف إلى الوسط ، ويجبر على قبول القيمة ، وقد مر فى النكاح ، أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول « دابة » لا يجوز ، لأنه يشمل أجناساً فتتفاحش الجهالة ، وإذا بين الجنس كالعبد فالجهالة يسيرة ، ومثلها يتحمل فى الكتابة ، اهـ (وإن كاتب عبديه كتابة واحدة بألف درهم) مثلا جاز ، ثم (إن أديا) الألف (عتقا) ، لحصول الشرط (وإن عجزا ردا إلى الرق) ولا يعتقان إلا بأداء الجميع ، لأن الكتابة واحدة فكانا كشخص واحد (وإن كاتبهما على أن كل واحد منهما ضامن عن الآخر) حصته (جازت الكتابة ، وأيهما أدى) البدل (عتقا)

وَيَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِنِصْفِ مَا أَدَّى؛ وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَى مُكَاتَبَهُ عَتَقَ بِعِتْقِهِ، وَسَقَطَ عَنْهُ مَالُ الْكِتَابَةِ، وَإِذَا مَاتَ مَوْلَى الْمُكَاتَبِ لَمْ تَنْفَسِخِ الْكِتَابَةُ، وَقِيلَ لَهُ: أَدِّ الْمَالَ إِلَى وَرَثَةِ الْمَوْلَى عَلَى نُجُومِهِ، فَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُ الْوَرَثَةِ لَمْ يَنْفُذْ عِتْقُهُ، وَإِنْ أَعْتَقُوهُ جَمِيعًا عَتَقَ، وَسَقَطَ عَنْهُ مَالُ الْكِتَابَةِ،

جميعاً (ويرجع) الذى أدى (على شريكه بنصف ما أدى) ويشترط فى ذلك قبولهما جميعاً؛ فإن قبل أحدهما ولم يقبل الآخر بطل؛ لأنهما صفقة واحدة، وللمولى أن يطالب كل واحد منهما بالجميع نصفه بحق الأصالة ونصفه بحق الكفالة، وأيهما أدى شيئاً رجع على صاحبه بنصفه: قليلا كان أو كثيراً؛ لأنهما مستويان فى ضمان المال، فإن أعتق المولى أحدهما عتق وسقطت حصته عن الآخر، ويكون مكاتباً بما بقى، ويطالب المكاتب بأداء حصته بطريق الأصالة، والمعتقُ بطريق الكفالة، فإن أداها المعتق رجع بها على صاحبه، وإن أداها المكاتب لم يرجع بشىء، لأنها مستحقة عليه، جوهرة.

(وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بعتقه) لقيام ملكه (وسقط عنه مال الكتابة) مع سلامة الأكساب والأولاد له.

(وإذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة) كيلا يؤدى إلى إبطال حق المكاتب؛ إذ الكتابة سبب الحرية، وسبب حق المرء حقه (وقيل له) أى المكاتب: (أد المال) المعين عليك (إلى ورثة المولى على نجومه)، لأنه استحق الحرية على هذا الوجه، والسبب انعقد كذلك، فيبقى بهذه الصفة، ولا يتغير، إلا أن الورثة يخلفونه فى الاستيفاء (فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه) لأنه لم يملكه، لأن المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا الوراثة، هداية. وإنما ينتقل إلى الورثة ما فى ذمته من المال (وإن أعتقوه): أى الورثة (جميعاً عتق) مجاناً استحساناً (وسقط عنه مال الكتابة)، لأنه يصير إبراءاً من بدل الكتابة، وبراءته منه توجب عتقه، ويعتق من جهة الميت، حتى إن

وَإِذَا كَاتَبَ الْمَوْلَى أُمَّ وَلَدِهِ جَازَ ، وَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى سَقَطَ عَنْهَا مَالُ الْكِتَابَةِ ، وَإِنْ وَلَدَتْ مُكَاتَبَتُهُ مِنْهُ فَهِيَ بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَى الْكِتَابَةِ ، وَإِنْ شَاءَتْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدِهِ ، وَإِذَا كَاتَبَ مُدَبَّرَتَهُ جَازَ ، فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى وَلَا مَالَ لَهُ كَانَتْ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ تَسْعَى فِي ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا أَوْ جَمِيعِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَإِنْ دَبَّرَ مُكَاتَبَتَهُ صَحَّ التَّدْبِيرُ

الولاء يكون للذكور من عصبته دون الإناث ، ولا يشبه هذا ما إذا أعتقه بعضهم ، لأن إبراءه إنما يصادف حصته ، ولو برىء من حصته بالأداء لم يعتق ، فكذا هذا كما فى الجوهرة .

(وإذا كاتب المولى أم ولده جاز) لبقاء ملكه فيها (فإن مات المولى) قبل الأداء (سقط عنها مال الكتابة) لعتقها بالاستيلاد ، فيبطل حكم الكتابة وتسلم لها الأكساب والأولاد (وإن ولدت مكاتبته) : أى المولى (منه فهى بالخيار : إن شاءت مضت على الكتابة) وأخذت العقر من مولاها (وإن شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد له) لأنه تلقتها جهتا حرية : عاجل ببدل ، وآجل بغير بدل ، فتخير بينهما ، ونسب ولدها ثابت من المولى (وإذا كاتب) المولى (مدبرته جاز) لحاجتها إلى تعجيل الحرية (فإن مات المولى) قبل أداء البدل (ولا مال له) غيرها (كانت بالخيار بين أن تسعى) للورثة (فى ثلثى قيمتها أوجميع مال الكتابة) قال فى الهداية : وهذا عند أبى حنيفة ، وقال أبو يوسف : تسعى فى الأقل منهما ، وقال محمد : تسعى فى الأقل من ثلثى قيمتها وثلثى بدل الكتابة ، فالخلاف فى الخيار والمقدار : فأبو يوسف مع أبى حنيفة فى المقدار ، ومع محمد فى نفى الخيار ، قال الإسبيجابى : والصحيح قول أبى حنيفة ، واعتمده المحبوبى والنسفى وغيرهما، تصحيح (وإن دبر مكاتبته صح التدبير) ؛ لما مر من أنه

وَلَهَا الخِيارُ : إنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَى الكِتَابَةِ ، وَإن شَاءَتْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا وَصَارَت مُدَبَّرَةً ، وَإنْ مَضَتْ عَلَى كِتَابَتِها فَمَاتَ الْمولَى وَلاَ مَالَ لَهُ فَهِيَ بِالخِيار : إنْ شَاءَتْ سَعَتْ فِي ثُلُثَيْ مَال الكِتَابَةِ أَوْ ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَإذَا أَعْتَقَ الْمُكاتَبُ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ لَمْ يَجُزْ ، وَإن وَهَبَ عَلَى عِوَضٍ لَمْ يَصِحَّ ، وَإنْ كَاتَبَ عَبْدَهُ جَازَ ، فإنْ أَدَّى الثَّانِى قَبْلَ أَنْ يَعْتِقَ الأَوَّلُ فَوَلاؤُهُ لِلْمَوْلَى ، وَإنْ أَدَّى بَعْدَ عِتْقِ الْمُكاتَبِ الأَوَّلِ فَوَلاَؤُهُ لَهُ .

تلقتها جهتا حرية (ولها الخيار: إن شاءت مضت على الكتابة) تعجيلاً للحرية (وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة) لأن الكتابة ليست بلازمة فى جانب المملوك (فإن مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له) غيرها (فهى بالخيار: إن شاءت سعت) للورثة (فى ثلثى مال الكتابة أو ثلثى قيمتها عند أبى حنيفة) وقالا: تسعى فى الأقل منهما، فالخلاف فى هذا الفصل بناء على ما ذكرنا، أما المقدار فمتفق عليه، هداية. والذى ذكره هو تجزؤ الإعتاق، وقد تقدم مراراً أن الفتوى فيه على قول الإمام كما نقلته عن الأئمة الأعلام، وعلى هذا مشى الإمام المحبوبى والنسفى والموصلى، وصدر الشريعة، تصحيح (وإذا أعتق المكاتب عبده على مال لم يجز)، لأنه ليس من الكسب ولا من توابعه؛ لأنه إسقاط الملك عن رقبته وإثبات الدين فى ذمة المفلس، وكذلك تزويجه، لأنه تعييب له بشغل رقبته بالمهر والنفقة، بخلاف تزويج الأمة؛ لأنه اكتساب باستفادة المهر، كما فى الهداية (و) كذا (إذا وهب على عوض لم يصح)، لأنها تبرع ابتداء (وإن كاتب) المكاتب (عبده جاز) استحساناً، لأنه عقد اكتساب، وقد يكون أنفع من البيع؛ لأنه لا يزيل الملك إلا بعد وصول البدل إليه (فإن أدى الثانى) البدل (قبل أن يعتق الأول فولاؤه للمولى) لأن فيه نوع ملك فيصح إضافة الإعتاق إليه فى الجملة، فإذا تعذر إضافته إلى مباشر العقد لعدم الأهلية أضيف إليه (وإن أدى بعد عتق المكاتب الأول فولاؤه له) لأن العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الأصل فيثبت له، هداية.

كتاب الولاء

إذَا أعْتَقَ الرَّجُلُ مَمْلُوكَهُ فَوَلَاؤُهُ لَهُ ، وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ تُعْتِقُ ، فإنْ شَرَطَ أنَّهُ سَائِبَةٌ فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ وَالْوَلَاءُ لِمَنْ أعْتَقَ . وَإذَا أدَّى الْمُكَاتَبُ عَتَقَ وَوَلَاؤُهُ لِلْمَوْلَى . وَكَذَلِكَ إنْ عَتَقَ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْلَى فَوَلَاؤُهُ لِوَرَثَةِ الْمَوْلَى ، فإنْ مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَ مُدَبَّرُهُ وأمَّهَاتُ أوْلَادِهِ

كتاب الولاء

هو لغة : النصرة والمحبة ، وشرعا : عبارة عن التناصر بولاء العتاقة أو بولاء الموالاة كما فى الزيلعى. وفى الهداية : الولاء نوعان: ولاء عتاقة ، ويسمى ولاء نعمة ، وسببه العتق على ملكه فى الصحيح ، حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له ، وولاء موالاة ، وسببه العقد ، ولهذا يقال : ولاء العتاقة ، وولاء الموالاة ، والحكم يضاف إلى سببه . اهـ .

(إذا أعتق الرجل مملوكه فولاؤه له) ، لأنه أحياه بإزالة الرق عنه ، فيرثه إذا مات ويعقل عنه إذا جنى ، ويصير كالولاد ؛ لأن الغنم بالغرم (وكذلك المرأة تعتق) مملوكها ، فيكون ولاؤه لها لما بينا (فإن شرط) المولى (أنه) أى العبد (سائبة) لا يرثه إذا مات ، ولا يعقل عنه إذا جنى (فالشرط باطل) لمخالفته للنص (والولاء لمن أعتق) كما هو نص الحديث (وإذا أدى المكاتب) بدل الكتابة ومولاه حى (عتق ، و) كان (ولاؤه للمولى) ، لعتقه على ملكه (وكذا إن عتق بعد موت المولى) لأن العتق من جهته وإن تأخر بمنزلة المدبر وقد مر أنه لا يورث ، وإنما ينتقل إليهم ما تقرر فى ذمته ، وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته ؛ لأن فعل الوصى بعد موته كفعله ، والتركة على حكم ملكه ، هداية (فإن مات المولى عتق مدبّره وأمهاتُ أولاده

وَوَلَاؤُهُمْ لَهُ ، وَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ عَتَقَ عَلَيْهِ وَوَلَاؤُهُ لَهُ ، وَإِذَا تَزَوَّجَ عَبْدُ رَجُلٍ أَمَةً لِآخَرَ فَأَعْتَقَ مَوْلَى الْأَمَةِ الْأَمَةَ وَهِيَ حَامِلٌ مِنَ الْعَبْدِ عَتَقَتْ وَعَتَقَ حَمْلُهَا ، وَوَلَاءُ الْحَمْلِ لِمَوْلَى الْأُمِّ لَا يَنْتَقِلُ عَنْهُ أَبَداً ، فَإِنْ وَلَدَتْ بَعْدَ عِتْقِهَا لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَلَداً فَوَلَاؤُهُ لِمَوْلَى الْأُمِّ فَإِنْ أُعْتِقَ الْعَبْدُ جَرَّ وَلَاءَ ابْنِهِ ، وَانْتَقَلَ عَنْ مَوْلَى الْأُمِّ إِلَى مَوْلَى الْأَبِ . وَمَنْ تَزَوَّجَ مِنَ الْعَجَمِ .

وولاؤهم له) لعتقهم باستيلاده وتدبيره (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وولاؤه له) لوجود السبب ، وهو العتق عليه (وإذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الأمة الأمة وهى حامل من العبد عتقت) الأمة (وعتق حملها) تبعاً لها (وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه) : أى عن مولى الأم (أبداً) ، لأنه عتق بعتق الأم مقصوداً إذ هو جزء منها يقبل الإعتاق مقصوداً ، فلا ينتقل ولاؤه عنه ، وهذا إذا ولدته لأقل من ستة أشهر ؛ للتيقن بقيام الحمل وقت الإعتاق ، وكذا لو ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر والآخر لأكثر ، لأنهما توأما حمل واحد كما فى الهداية (فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ولداً فولاؤه لمولى الأم) أيضاً ، لأنه عتق تبعاً للأم لاتصاله بها فتبعها فى الولاء ، ولكن لما لم يكن محقق الوجود وقت الإعتاق لم يكن عتقه مقصوداً (فإن أعتق العبد جرّ ولاء ابنه) إلى مواليه (وانتقل) الولاء (عن مولى الأم إلى مولى الأب) ، لأن الولاء بمنزلة النسب ، والنسب إلى الآباء ، فكذلك الولاء ، وإنما صار أولا لموالى الأم لأنه ضرورة لعدم أهلية الأب ، فإذا صار الأب أهلاً عاد الولاء إليه (ومن تزوج من العجم) جمع العجمى ، وهو خلاف العربى وإن كان فصيحاً كما فى المغرب

بِمُعْتَقَةٍ مِنَ الْعَرَبِ فَوَلَدَتْ لَهُ أَوْلَادًا فَوَلاءُ أَوْلَادِهَا لِمَوَالِيهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ . وَوَلَاءُ الْعَتَاقَةِ تَعْصِيبٌ ، فَإِنْ كَانَ لِلْمُعْتَقِ عَصَبَةٌ مِنَ النَّسَبِ فَهُوَ أَوْلَىٰ مِنْهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَصَبَةٌ مِنَ النَّسَبِ فَمِيرَاثُهُ لِلْمُعْتَقِ ، فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَىٰ ثُمَّ مَاتَ الْمُعْتَقُ فَمِيرَاثُهُ لِبَنِي الْمَوْلَىٰ دُونَ بَنَاتِهِ

(بمعتقة من العرب فولدت له أولاداً فولاء ولدها لمواليها عند أبي حنيفة) قال في الهداية : وهو قول محمد ، وقال أبو يوسف: حكمه حكم أبيه ، لأن النسب إلى الأب كما إذا كان الأب عربيا ، بخلاف ما إذا كان الأب عبداً ، لأنه هالك معنى ، ولهما أن ولاء العتاقة قوى معتبر في حق الأحكام ، حتى اعتبرت الكفاءة فيه ؛ والنسب في حق العجم ضعيف، فإنهم ضيعوا أنسابهم، ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب، والقوى لا يعارضه الضعيف ، بخلاف ما إذا كان الأب عربيا ، لأن أنساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل، كما أن تناصرهم بها، فأغنت عن الولاء ، اهـ . قال جمال الإسلام في شرحه : الصحيح قولهما ، ومشى عليه المحبوبي والنسفي وغيرهما كما في التصحيح (وولاء العتاقة تعصيب) : أي موجب للعصوبة (فإن كان للمعتق) بالبناء للمفعول (عصبة من النسب فهو أولى منه) لأن عصوبة المعتق سببيَّة (وإن لم يكن له) : أي المعتق (عصبة من النسب فميراثه للمعتق) يعني إذا لم يكن هناك صاحب فرض في حال أما إذا كان فله الباقي بعد فرضه لأنه عصبة ، ومعنى قولنا « في حال » أي حالة واحدة كالبنت ، بخلاف الأب فإن له حال فرض وحال تعصيب ، فلا يرث المعتق في هذه الحالة كما الجوهرة ، وهو مقدم على الرد وذوي الأرحام ، قال في زاد الفقهاء : ثم عندنا المولى الأسفل لا يرث من الأعلى ؛ لأن المعتق أنعم عليه بالعتق : وهذا لا يوجد في المعتق ، اهـ (فإن مات المولى) أولا (ثم مات)بعده (المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته)لأن الولاء تعصيب ،

وَلَيْسَ لِلنِّسَاءِ مِنَ الْوَلَاءِ إِلَّا مَا أَعْتَقْنَ ، أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ ، أَوْ كَاتَبْنَ ، أَوْ كَاتَبَ مَنْ كَاتَبْنَ ، وَ إِذَا تَرَكَ الْمَوْلَى ابْنًا وَأَوْلَادَ ابْنٍ آخَرَ فَمِيرَاثُ الْمُعْتَقِ لِلِابْنِ دُونَ بَنِي الِابْنِ ، وَالْوَلَاءُ لِلْكُبْرِ

وَ إِذَا أَسْلَمَ رَجُلٌ عَلَى يَدِ رَجُلٍ وَوَالَاهُ عَلَى أَنْ يَرِثَهُ وَيَعْقِلَ عَنْهُ ؛ أَوْ أَسْلَمَ عَلَى يَدِ غَيْرِهِ وَوَالَاهُ ، فَالْوَلَاءُ صَحِيحٌ ، وَعَقْلُهُ عَلَى مَوْلَاهُ ،

ولا تعصيب للنساء إلا ما ذكر المصنف بقوله : (وليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن) قال فى الهداية : بهذا اللفظ ورد الحديثُ عن النبى صلى الله عليه وسلم ، وفى آخره « أو جر ولاء معتقهِنّ » ولأن ثبوت المالكية والقوة فى المعتق من جهتها ، فينتسب بالولاء إليها ، وينسب إليها من ينسب إلى مولاها ، بخلاف النسب ، لأن سببه الفراش ، وصاحب الفراش إنما هو الزوج ، وليس حكم ميراث المعتق مقصوراً على بنى المولى ، بل هو لعصبته الأقرب ، اه باختصار (و إذا ترك المولى ابناً وأولاد ابن آخر فميراث المعتق للابن) لأنه أقرب (دون بنى الابن) لأنهم أبعد (والولاء) حيث اجتمعت العصبة (للكبر) قال فى الصحاح : يقال « هو كبر قومه » أى هو أقعدهم نسباً ، اهـ . والمراد هنا أقربهم .

(و إذا أسلم رجل) حر مكلف مجهول النسب (على يد رجل ووالاه) أى عقد معه عقد الموالاة ، وهو أن يتعاقد معه (على أن يرثه) إذا مات (و يعقل عنه) إذا جنى (أو أسلم على يد غيره ووالاه) كذلك (فالولاء صحيح ، وعقله على مولاه) قال أبو نصر الأقطع فى شرحه : قالوا : و إنما يصح الولاء بشرائط؛ أحدها : أن لا يكون الموالى من العرب ، لأن تفاخر العرب بالقبائل أقوى ، والثانى : أن لا يكون عتيقاً ؛ لأن ولاء العتق أقوى ، والثالث : أن لا يكون

فَإِنْ مَاتَ وَلَا وَارِثَ لَهُ فَمِيرَاثُهُ لِلْمَوْلَى ، وإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ فَهُوَ أَوْلَى مِنْهُ ، وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَنْتَقِلَ عَنْهُ بِوَلَائِهِ إِلَى غَيْرِهِ مَا لَمْ يَعْقِلْ عَنْهُ ، فَإِذَا عَقَلَ عَنْهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتَحَوَّلَ بِوَلَائِهِ إِلَى غَيْرِهِ ، وَلَيْسَ لِمَوْلَى الْمَتَاقَةِ أَنْ يُوَالِيَ أَحَداً .

كِتَابُ الْجِنَايَاتِ

عقل عنه غيره ؛ لتأكد ذلك ؛ الرابع: أن يشترط العقل والإرث . اهـ (فإن مات) المولى الأسفل (ولا وارث له فميراثه للمولى) الأعلى ، لأن ماله حقه فيصرفه إلى حيث شاء ، والصرف إلى بيت المال ضرورة عدم المستحق ، لا أنه مستحق ، هداية (و إن كان له وارث فهو أولى منه) ؛ لأنه وارث شرعاً فلا يملك إبطاله (وللمولى) الأسفل (أن ينتقل عنه) : أى عن المولى الأعلى (بولائه إلى غيره)، لأنه عقد غير لازم بمنزلة الوصية ، وكذا للأعلى أن يتبرأ عن ولائه ، لعدم اللزوم ؛ إلا أنه يشترط فى هذا أن يكون بمحضر من الآخر كما فى عزل الوكيل قصداً ، بخلاف ما إذا عقد الأسفل مع غيره بغير محضر من الأول ، لأنه فسخ حكمى بمنزلة العزل الحكمى فى الوكالة ، هداية . وهذا (ما لم يعقل عنه ؛ فإذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول بولائه إلى غيره) ؛ لأنه تعلق به حق الغير ، وكذا لا يتحول ولده ، وكذا إذا عقل عن ولده ، كما فى الهداية (وليس لمولى العتاقة أن يوالى أحداً) ؛ لأنه لازم ، ومع بقائه لا يظهر الأدنى ، هداية .

كتاب الجنايات

وجه المناسبة بينه و بين العتق أن فى مشروعية كل منهما إحياء معنويا .

والجنايات : جمع جناية ، وهى لغة : التعدّى ، وشرعا : عبارة عن التعدّى الواقع فى النفس والأطراف .

القَتْلُ عَلَى خَمْسَةِ أَوْجُهٍ : عَمْـدٍ ، وَشِبْهِ عَمْدٍ ، وَخَطَإٍ ، وَمَا أُجْرِيَ مُجْرَى الخَطَإِ ، وَالْقَتْلِ بِسَبَبٍ .

فَالْعَمْدُ : مَا تُعُمِّدَ ضَرْبُهُ بِسِلَاحٍ ، أَوْ مَا أُجْرِيَ مُجْرَى السِّلَاحِ فِي تَفْرِيقِ الأَجْزَاءِ ، كَالمُحَدَّدِ مِنَ الخَشَبِ وَالحَجَرِ وَالنَّارِ ، وَمُوجَبُ ذَلِكَ المَأْثَمُ وَالقَوَدُ ، إِلَّا أَنْ يَعْفُوَ الأَوْلِيَاءُ ، وَلَا كَفَّارَةَ فِيهِ .

وَشِبْهُ العَمْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ : أَنْ يَتَعَمَّدَ الضَّرْبَ بِمَا لَيْسَ بِسِلَاحٍ ، وَلَا مَا أُجْرِيَ

(القتل) الذى تتعلق به الأحكام الآتية (على خمسة أوجه) وإلا فأنواعه كثيرة كرجم وصلب وغيرهما ، وهى : (عمد ، وشبه عمد ، وخطأ ، وما أجرى مجرى الخطإ ، والقتل بسبب) ثم أخذ فى بيانها على الترتيب فقال :

(فالعمد : ما) أى آدمى (تعمد) بالبناء للمجهول (ضربه بسلاح أوما أجرى مجرى السلاح فى تفريق الأجزاء)وذلك (كالمحدد) أى الذى له حد يفرق الأجزاء (من الخشب والحجر والنار) ، لأن العمد هو القصد ، ولا يوقف عليه إلا بدليله ـ وهو استعمال الآلة القاتلة ـ فأقيم الاستعمال مقام القصد ، كما أقيم السفر مقام المشقة ، وفى حديد غير محدد روايتان : أظهرهما أنه عمد كما فى الدرر عن البرهان (وموجب ذلك) : أى القتل العمد (المأثم) ، لأنه من أكبر الكبائر بعد الشرك بالله (والقود) : أى القصاص (إلا أن يعفو الأولياء) أو يصالحوا ، لأن الحق لهم ، ثم هو واجب عيناً ، وليس للولى أخذ الدية إلا برضاء القاتل ، هداية (ولا كفارة فيه) ؛ لأنه كبيرة محضة ، وفى الكفارة معنى العبادة ، فلا يناط بها ، ومن حكمه حرمان الإرث ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ميراث لقاتل » كما فى الهداية .

(وشبه العمد عند أبى حنيفة : أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجرى

مُجْرَى السِّلَاحِ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : إِذَا ضَرَبَهُ بِحَجَرٍ عَظِيمٍ ، أَوْ خَشَبَةٍ عَظِيمَةٍ ، فَهُوَ عَمْدٌ ، وَشِبْهُ الْعَمْدِ : أَنْ يَتَعَمَّدَ ضَرْبَهُ بِمَا لَا يَقْتُلُ غَالِبًا ، وَمُوجَبُ ذَلِكَ عَلَى الْقَوْلَيْنِ الْمَأْثَمُ وَالْكَفَّارَةُ ، وَلَا قَوَدَ ، وَفِيهِ دِيَةٌ مُغَلَّظَةٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ

وَالْخَطَأُ عَلَى وَجْهَيْنِ : خَطَأٌ فِي الْقَصْدِ ، وَهُوَ : أَنْ يَرْمِيَ شَخْصًا يَظُنُّهُ صَيْدًا فَإِذَا هُوَ آدَمِيٌّ ، وَخَطَأٌ فِي الْفِعْلِ ، وَهُوَ :

مجرى السلاح) بما مر؛ لتقاصر معنى العمدية باستعماله آلة لا يقتل بها غالبا و يقصد بها غيره كالتأديب ونحوه ، فكان شبه العمد (وقال أبو يوسف ومحمد : إذا ضربه بحجر عظيم ، أو خشبة عظيمة) مما يقتل به غالبا (فهو عمد) لأنه لما كان يقتل غالبا صار بمنزلة الآلة الموضوعة له (وشبه العمد: أن يتعمد ضربه بما لا يقتل غالبا) قال الإمام الإسبيجابي فى شرحه : الصحيح قول الإمام ، وفى الكبرى : الفتوى فى شبه العمد على ما قال أبو حنيفة ، واختاره المحبوبي والنسفي وغيرهما ، تصحيح (وموجب ذلك) : أى شبه العمد (على) اختلاف (القولين : المأثم) ، لأنه قاتل وهو قاصد فى الضرب (والكفارة) لشبهه بالخطأ (ولا قود) ، لأنه ليس بعمد (وفيه دية مغلظة على العاقلة) والأصل فى ذلك : أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا لمعنى يحدث من بعد فهى على العاقلة اعتبارا بالخطأ . ويتعلق به حرمان الإرث لأنه جزاء القتل ، والشبهة تؤثر فى إسقاط القصاص دون حرمان الإرث ، كما فى الهداية .

(والخطأ على وجهين: خطأ فى القصد) أى قصد الفاعل (وهو: أن يرمى شخصا يظنه صيداً فإذا هو آدمى) أو يظنه حربيا فإذا هو مسلم(وخطأ فى) نفس (الفعل وهو

أن يَرْمِيَ غَرَضاً فَيُصِيبَ آدمِيًّا ، ومُوجَبُ ذَلِكَ : الكَفَّارَةُ ، وَالدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ ، وَلاَ مَأْثَمَ فِيهِ ،

وَمَا أُجْرِيَ مُجْرَى الخطأ مِثْلُ النَّائِمِ يَنْقَلِبُ عَلَى رَجُلٍ فَيَقْتُلُهُ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الخطإ ،

وأَمَّا الْقَتْلُ بِسَبَبٍ : كَحَافِرِ البِئْرِ ، وَوَاضِعِ الْحَجَرِ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ ، وَمُوجَبُهُ إِذَا تَلِفَ فِيهِ آدَمِيٌّ : الدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ ، وَلاَ كَفَّارَةَ فِيهِ .

وَالْقِصَاصُ وَاجِبٌ بِقَتْلِ كُلِّ مَحْقُونِ الدَّمِ عَلَى التَّأْبِيدِ

أن يرمى غرضا) أو صيدا (فيصيب آدميا ، وموجب ذلك) فى الوجهين (الكفارة والدية على العاقلة) لقوله تعالى : « فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله » الآية (ولا مأثم فيه) فى الوجهين ، قال فى الهداية : قالوا : المراد إثم القتل ، وأما فى نفسه فلا يعرى عن الإثم ، من حيث ترك العزيمة والمبالغة فى التثبت فى حال الرمى ، إذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ، ويحرم من الميراث ، لأن فيه إثما فيصح تعليق الحرمان به ، اه .

(وما أجرى مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله) لأنه معذور كالمخطىء (فحكمه حكم الخطإ) من وجوب الكفارة والدية وحرمان الإرث .

(وأما القتل بسبب كحافر البئر ، وواضع الحجر فى غير ملكه) بغير إذن من السلطان . درعن ابن كال (وموجبه) أى القتل بسبب (إذا تلف فيه آدمى الدية على العاقلة ، ولا كفارة فيه) ولا إثم ، ولا يتعلق به حرمان الميراث ، لأن القتل معدوم منه حقيقة ، وألحق به فى حق الضمان؛ فبقى فى حق غيره على الأصل كما فى الهداية .

(والقصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد) وهو المسلم والذمى بخلاف الحربى والمستأمن ، لأن الأول غير محقون الدم، والثانى وإن كان محقون الدم فى

إِذَا قُتِلَ عَمْداً ، وَيُقْتَلُ الْحُرُّ بِالْحُرِّ ، وَالْحُرُّ بِالْعَبْدِ ، وَالْمُسْلِمُ بِالْمُسْتَأْمَنِ ؛ وَيُقْتَلُ الرَّجُلُ بِالْمَرْأَةِ ، وَالْكَبِيرُ بِالصَّغِيرِ ، وَالصَّحِيحُ بِالْأَعْمَى وَالزَّمِنِ ، وَلا يُقْتَلُ الرَّجُلُ بِابْنِهِ ، وَلاَ بِعَبْدِهِ ، وَلاَ مُدَبَّرِهِ ، وَلا مُكَاتَبِهِ ، وَلاَ بِعَبْدِ وَلَدِهِ ، وَمَنْ وَرِثَ قِصَاصاً عَلَى أَبِيهِ

دارنا لكن لا على التأبيد ، لأنه إذا رجع صار مباح الدم (إذا قتل) بالبناء للمجهول (عمداً) بشرط كون القاتل مكلفا ، وانتفاء الشبهة بينهما (ويقتل الحر بالحر ، والحر بالعبد) لإطلاق قوله تعالى : « أن النفس بالنفس » فإنه ناسخ لقوله تعالى « الحر بالحر » ، ولأن القصاص يعتمد المساواة في العصمة ، وهي بالدين أو بالدار وهما مستويان فيهما (والمسلم بالذمي) لما روى أنه صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بذمي ، ولأن المساواة في العصمة ثابتة بالدار ، والمبيح كفر المحارب دون المسالم (ولا يقتل المسلم بالمستأمن) لأنه غير محقون الدم على التأبيد ؛ لأنه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستأمن ، لما بينا ، ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا للمساواة ، ولا يقتل استحسانا ، لقيام المبيح كما في الهداية (ويقتل الرجل بالمرأة ، والكبير بالصغير ، والصحيح بالأعمى والزمن) وناقص الأطراف والمجنون ، للعمومات ، ولأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص كما في الهداية .

(ولا يقتل الرجل بابنه) ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يقاد الوالد بولده » ولأنه سبب إحيائه فمن المحال أن يستحق له إفناؤه ، والجد من قبل الرجال والنساء وإن علا في هذا بمنزلة الأب ، وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم قربت أو بعدت ، لما بينا . ويقتل الرجل بالوالد لعدم المسقط كما في الهداية (ولا بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده) لأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه ، وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه ؛ لأن القصاص لا يتجزأ ، هداية (ومن ورث قصاصا على أبيه) أي أصله

سَقَطَ ، وَلاَ يُسْتَوْفَى القِصَاصُ إِلاَّ بِالسَّيْفِ ،

وَإِذَا قُتِلَ الْمُكَاتَبُ عَمْداً وَلَيْسَ لَهُ وَارِثٌ إِلاَّ الْمَوْلَى وَتَرَكَ وَفَاء فَلَهُ القِصَاصُ ؛ فَإِنْ تَرَكَ وَفَاء وَوَارِثُهُ غَيْرُ الْمَوْلَى فَلاَ قِصَاصَ لَهُمْ ، وَإِنِ اجْتَمَعُوا مَعَ الْمَوْلَى ،

(سقط) عنه ، لأن الفرع لا يستوجب العقوبة على أصله . وصُورةُ المسألة فيما إذا قتل الأب أب امرأته مثلا ولا وارث له غيرها، ثم ماتت المرأة ؛ فإن ابنها منه يرث القَوَدَ الواجب على أبيه ، فسقط لما ذكرناه ، وأما تصوير صدر الشريعة فثبوته فيه للابن ابتداء لا إرثا عند أبي حنيفة وإن اتحد الحكم كما لا يخفى ، در .

(ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف) وإن قتل بغيره ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا قود إلا بالسيف » والمراد به السلاح ، هداية .

(وإذا قتل) بالبناء للمجهول (المكاتب عمداً) وترك وفاء (وليس له وارث إلا المولى وترك وفاء فله القصاص) عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن حق الاستيفاء له بيقين على التقديرين ، وقال محمد : لا أرى فيه قصاصا ، لأنه اشتبه فيه سبب الاستيفاء ، فإنه الولاء إن مات حراً ، والملك إن مات عبداً ، وقال الاسبيجابي : وهو قول زفر ورواية عن أبي يوسف ، والصحيح قول أبي حنيفة ، اهـ . قيدنا بكونه ترك وفاء لأنه إذا لم يترك وفاء فللمولى القصاص إجماعا ، لأنه مات على ملكه ، كما في الجوهرة (فإن ترك) المكاتب (وفاء ووارثه غير المولى فلا قصاص لهم) أي للورثة (وإن اجتمعوا مع المولى) ؛ لأنه اشتبه من له الحق ، لأنه المولى إن مات عبداً ، والوارث إن مات حراً ، إذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية أو الرق ، بخلاف الأولى ، لأن المولى متعين فيها . هداية .

وَإِذَا قُتِـلَ عَبْدُ الرَّهْنِ لَمْ يَجِبِ القِصَاصُ حَتَّى يَجْتَمِـعَ الرَّاهِنُ وَالمُرْتَهِنُ .

وَمَنْ جَرَحَ رَجُلاً عَمْداً فَلَمْ يَزَلْ صَاحِبَ فِرَاشٍ حَتَّى مَاتَ فَعَلَيْهِ القِصَاصُ ، وَمَنْ قَطَعَ يَدَ غَيْرِهِ عَمْداً مِنَ المِفْصَلِ قُطِعَتْ يَدُهُ ، وكَذَلِكَ الرِّجْلُ ، وَمَارِنُ الأَنْفِ ، وَالأُذُنُ ، وَمَنْ ضَرَبَ عَيْنَ رَجُلٍ فَقَلَعَهَا فَلاَ قِصَاصَ عَلَيْهِ ، وإِنْ كَانَتْ قَائِمَةً فَذَهَبَ ضَوْءُهَا فَعَلَيْهِ القِصَاصُ : تُحْمَى لَهُ المِرْآةُ ، وَيُجْعَلُ عَلَى وَجْهِهِ قُطْنٌ .

(وإذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن) ، لأن المرتهن لا ملك له فلا يليه ، والراهن لو تولاّه لبطل حق المرتهن فى الدين ، فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه ، هداية .

(ومن جرح رجلا عمـداً فلم يزل) المجروح (صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص) لوجود السبب ، وعدم ما يبطل حكمه فى الظاهر ، فأضيف إليه ، هداية .

(ومن قطع يد غيره عمداً من المفصل قطعت يده) ولو كانت أكبر من يد المقطوع ، لقوله تعالى : « والجروح قصاص » وهو ينبىء عن المماثلة ، وكل ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص ، وما لا فلا ، وقد أمكن فى القطع من المفصل فاعتبر؛ ولا معتبر بكبر اليد وصغرها، لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك، هداية. فلوالقطع من الساعد لم يُقَدْ ، لامتناع حفظ المماثلة وهى الأصل فى جريان القصاص (وكذلك الرجل ومارن الأنف والأذن) ، لإمكان رعاية المماثلة (ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص عليه) لامتناع المماثلة (و) لـكن (إن كانت قائمةً) غير منخسفة (فذهب ضوءها) فقط (فعليه القصاص) لإمكان المماثلة حينئذ كما قال (تحمى له المرآة ، ويجعل على وجهه) وعينه الأخرى (قطن

رَطْبٌ ، وَتُقَابَلُ عَيْنُهُ بِالْمِرْآةِ حَتَّى يَذْهَبَ ضَوءُهَا ، وَفِي السِّنِّ الْقِصَاصُ ، وَفِي كُلِّ شَجَّةٍ يُمْكِنُ فِيهَا الْمُمَاثَلَةُ الْقِصَاصُ ، وَلَا قِصَاصَ فِي عَظْمٍ إِلَّا فِي السِّنِّ ، وَلَيْسَ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ شِبْهُ عَمْدٍ ، إِنَّمَا هُوَ عَمْدٌ أَوْ خَطَأٌ ، وَلَا قِصَاصَ بَيْنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ ، وَلَا بَيْنَ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ ، وَلَا بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ .

(رطب) أى مبلول (وتقابل عينه بالمرآة حتى يذهب ضوءها) وهو مأثور عن الصحابة رضى الله عنهم (وفى السن القصاص) لقوله تعالى : « والسن بالسن » فتقلع إن قلعت ، وقيل : تبرد إلى اللحم ، ويسقط ما سواه لتعذر المماثلة ؛ إذ ربما تفسد لهاته ، وبه أخذ صاحب الكافى ، وفى المجتبى : وبه يفتى ، وفيه : وتؤخذ الثنية بالثنية والناب بالناب ، ولا يؤخذ الأعلى بالأسفل ولا الأسفل بالأعلى ، اهـ . والحاصل أنه لا يؤخذ عضو إلا بمثله (وفى كل شجة يمكن فيها المماثلة القصاص) ، لما تلونا .

(ولا قصاص فى عظم إلا فى السن) وهذا اللفظ مروى عن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما ، ولأن اعتبار المماثلة فى غير السن متعذر ، لاحتمال الزيادة والنقصان ، بخلاف السن ، لأنه يبرد بالمبرد ، كما فى الهداية .

(وليس فيما دون النفس شبه عمد ، إنما هو عمد أو خطأ) ، لأن شبه العمد يعود إلى الآلة ، والقتل هو الذى يختلف باختلافها ، بخلاف مادون النفس ، لأنه لا يختلف إتلافه باختلاف الآلة ، فلم يبق إلا العمد والخطأ ، كما فى الهداية

(ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ، ولا بين الحر والعبد ، ولا بين العبدين) ، لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فينعدم التماثلُ بالتفاوت فى القيمة .

وَيَجِبُ القِصَاصُ فِي الأَطْرَافِ بَيْنَ المُسْلِمِ والكَافِرِ ، وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ مِنْ نِصْفِ السَّاعِدِ ، أَوْجَرَحَهُ جَائِفَةً فَبَرَأَ مِنها فَلَاقِصَاصَ عَلَيْهِ ، وَإِذَا كَانَتْ يَدُ المَقْطُوعِ صَحِيحَةً وَيَدُ القَاطِعِ شَلَّاءَ أَوْنَاقِصَةَ الأَصَابِعِ فَالمَقْطُوعُ بِالخِيَارِ: إِنْ شَاءَ قَطَعَ اليَدَ المَعِيبَةَ ، وَلاَ شَيْءَ لَهُ غَيْرَهَا ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الأَرْشَ كَامِلاً ، وَمَنْ شَجَّ رَجُلاً فاسْتَوْعَبتِ الشَّجَّةُ مَا بَيْنَ قَرْنَيْهِ ، وهى لاَ تَسْتَوْعِبُ مَا بَيْنَ قَرْنَيِ الشَّاجِّ ، فَالمَشْجُوجُ بِالخِيَارِ : إِنْ شَاءَ اقْتَصَّ

(ويجب القصاص فى الأطراف) فيما (بين المسلم والكافر) ، للتساوى بينهما فى الأرش .

(ومن قطع يد رجل من نصف الساعد أو جرحه جائفة) وهى التى وصلت إلى جوفه (فبرأ منها فلا قصاص عليه) لتعذر المماثلة ، لأن الساعد عظم ، ولا قصاص فى عظم كما مر ،والبرء فى الجائفة نادر ، فلا يمكن أن يجرح الجانى على وجه يبرأ منه ، فيكون إهلاكا فلا يجوز ، وأما إذا لم تبرأ فإن سرت وجب القود ، وإلا فلا يقاد إلا أن يظهر الحال من البرء أو السراية كما فى الدر (وإذا كانت يدالمقطوع صحيحة و) كانت (يد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع فالمقطوع بالخيار: إن شاء قطع اليد المعيبة ، ولاشىء له غيرها ، و إن شاء أخذ الأرش كاملا) ؛ لأن استيفاء حقه كاملا متعذر؛ فله أن يتجوز بدون حقه، وله أن يعدل إلى العوض، كمن أتلف مثليا فانقطع عن أيدى الناس ولم يبق إلا الردى. يخير المالك بين أخذ الموجود وبين القيمة (ومن شج رجلا) : أى جرحه فى رأسه (فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه) أى طرفى رأسه (وهى) إذا أريد استيفاؤها (لا تستوعب ما بين قرنى الشاج) لكون رأسه أكبر من رأس المشجوج (فالمشجوج بالخيار : إن شاء اقتص

بِمِقْدَارِ شَجَّتِهِ ، يَبْتَدِىءُ مِنْ أَيِّ الْجَانِبَيْنِ شَاءَ ، وَ إِنْ شَاءَ أَخَذَ الأَرْشَ ، وَلا قِصَاصَ فِي اللِّسَانِ، وَلا فِي الذَّكَرِ ، إِلا أَنْ تُقْطَعَ الْحَشَفَةُ ، وَ إِذَا اصْطَلَحَ الْقَاتِلُ وأَوْلِيَاءُ الْمَقْتُولِ عَلَى مَالٍ سَقَطَ الْقِصَاصُ ، وَوَجَبَ الْمَالُ ، قَلِيلاً كَانَ أَوْ كَثِيراً ،

بمقدار شجته ، يبتدىء من أى الجانبين شاء ، و إن شاء أخذ الأرش) ، لأن فى استيفائه مابين قرنى الشاج زيادة على مافعل ، وفى استيفائه قدر حقه لايلحق الشاج من الشين مالحقه فينتقص حقه ، فيخير كما فى اليد الشلاء .

(ولا قصاص فى اللسان ، ولا فى الذكر) ولو القطع من أصلهما ، قال فى الهداية : وعن أبى يوسف أنه إذا قطع من أصله يجب ، لأنه يمكن اعتبار المساواة ولنا أنه ينقبض و ينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة . اه ، ومثله فى شرح جمال الإسلام ثم قال : والصحيح ظاهر الرواية كما فى التصحيح (إلا أن تقطع الحشفة) ، لأن موضع القطع معلوم كالمفصل ، ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص فيه ، لأن البعض لايعلم مقداره ، بخلاف الأذن إذا قطع كله أو بعضه ، لأنه لا ينقبض ولا ينبسط ، وله حد يعرف ، فيمكن اعتبار المساواة ، والشفة إن استقصاها بالقطع يجب القصاص ، لإمكان اعتبار المساواة ، بخلاف ما إذا قطع بعضها لأنه يتعذر اعتبارها ، هداية .

(و إذا اصطلح القاتل وأولياء المقتول على مال) معلوم (سقط القصاص ووجب المال) المُصالَح عليه (قليلا كان) المال (أو كثيرا) لأنه حق ثابت للورثة يجرى فيه الإسقاط عفواً، فكذا تعويضاً ، لاشتماله على إحسان الأولياء وإحياء القاتل فيجوز بالتراضى، والقليل والكثير فيه سواء ، لأنه ليس لهم فيه نص مقدّر ، فيفوض إلى اصطلاحهما كالخلع وغيره ، و إن لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال ، كما فى

فإنْ عَفَا أَحَدُ الشرَكَاء أَوْ صَالَحَ مِنْ نَصِيبِهِ عَلَى عِوَضٍ ، سَقَطَ حَقُّ البَاقِينَ مِنَ القِصَاصِ ، وكَانَ لَهُمْ نَصِيبُهُمْ مِنَ الدِّيَةِ ، وَ إِذا قَتَلَ جَمَاعَةٌ وَاحِدًا عَمْدًا اقْتُصَّ مِنْ جَمِيعِهِمْ ، وَ إِذا قَتَلَ وَاحِدٌ جَمَاعَةً فَحَضَرَ أَوْلِيَاء المَقْتُولِينَ قُتِلَ بِجَمَاعَتِهِمْ ، وَلا شَيْء لَهُمْ غَيْرُ ذَلِكَ ، فَإِنْ حَضَرَ وَاحِدٌ قُتِلَ لَهُ وَسَقَطَ حَقُّ الْبَاقِينَ ، وَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ القِصَاصُ فَمَاتَ سَقَطَ القِصَاص ،

الهداية (فإن عفا أحد الشركاء أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص؛ وكان لهم نصيبهم من الدية) فى مال القاتل فى ثلاث سنين ، لا على العاقلة ، ووقع فى المختار ومجمع البحرين « وتجب بقيتها على العاقلة » وهذا ليس من مذهب علمائنا ، ولا أعلم قولا لأحد مطلقا ، كذا فى التصحيح .

(و إذا قتل جماعة واحداً عمدا اقتص من جميعهم) ، لقول عمر رضى الله عنه « ولو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم » ولأن القصاص مزجرة السفهاء ، فيجب تحقيقا لحكمة الإحياء ، وفى التصحيح : قال فى الفوائد : وتشترط المباشرة من الكل بأن جرح كل واحد جرحا ساريا ، اه . وهذا إذا كان القتل عمداً، وأما إذا كان خطأ فالواجب عليهم دية واحدة (و إذا قتل واحد جماعة) عمداً (فحضر أولياء المقتولين) جميعهم (قتل بجماعتهم) اكتفاء به (ولا شيء لهم غير ذلك) لأنهم اجتمعوا على قتله ، وزُهُوقُ الروح لايتبعض ، فصار كل واحد مستوفياً جميع حقه (فإن حضر واحد) من الأولياء (قتل له) : أى للولى الحاضر ، وفى بعض النسخ « به » أى بسببه (وسقط حق الباقين) ، لأن حقهم فى القصاص ، وقد فات ، فصار كما إذا مات القاتل .

(ومن وجب عليه القصاص فمات سقط القصاص) ، لفوات محل الاستيفاء .

وَإِذَا قَطَعَ رَجُلاَنِ يَدَ رَجُلٍ فَلاَ قِصَاصَ عَلَى واحِدٍ مِنْهُمَا ، وعَلَيْهِمَا نِصْفُ الدِّيَةِ ، وإنْ قَطَعَ وَاحِدٌ يَمِينَيْ رَجُلَيْنِ فَحَضَرَا ، فَلَهُمَا أَنْ يَقْطَعَا يَدَهُ ، وَيَأْخُذَا مِنْهُ نِصْفَ الدِّيَةِ ، وَيَقْتَسِمَانِهِ نِصْفَيْنِ ، وإنْ حَضَرَ واحِدٌ مِنْهُمَا فَقَطَعَ يَدَهُ فَلِلآخَرِ عَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ ، وإذَا أَقَرَّ العَبْدُ بِقَتْلِ العَمْدِ لَزِمَهُ القَوَدُ ، وَمَنْ رَمَي رَجُلاً عَمْدًا فَنَفَذَ السَّهْمُ مِنْهُ إلىٰ آخَرَ فَمَاتَا ، فَعَلَيْهِ القِصَاصُ لِلاوَّلِ ، وَالدِّيَةُ لِلثَّانِي عَلَى عَاقِلَتِهِ .

(وإذا قطع رجلان يد رجل واحد) أو رجله أو قلعا سنه أو نحو ذلك مما دون النفس (فلا قصاص على واحد منهما)لأن كل واحد منهما قاطع بعض اليد لأن الانقطاع حصل باعتمادهما ، والمحل متجزىء ؛ فيضاف إلى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة ، بخلاف النفس ، لأن الانزهاق لايتجزأ (و) يجب (عليهما نصف الدية) بالسوية ؛لأنها دية اليد الواحدة (وإن قطع واحد يمينى رجلين فحضرا فلهما أن يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية ويقتسمانه) بينهما (نصفين) سواء قطعهما معاً أو على التعاقب ، لأنهما استويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فى حكمه كالغريمين فى التركة (وإن حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية) لأن للحاضر أن يستوفى ، لثبوت حقه ، فإذا استوفى لم يبق محل لاستيفاء الآخر؛ فيتعين حقه فى الدية لأن حقه لايسقط إلا بالعوض أو العفو .

(وإذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود) لأنه لا تهمة فى إقراره بالعقوبة على نفسه ، بخلاف المال .

(ومن رمى رجلا عمداً فنفذ السهم منه إلى آخر فماتا فعليه القصاص للأول) لأنه عمد (و) عليه (الدية للثانى على عاقلته) لأنه أحد نوعى الخطأ فكأنه رمى صيداً فأصاب آدميا ، والفعل يتعدد بتعدد الأثر كما فى الهداية .

كتاب الديات

إذا قَتَلَ رَجُلٌ رَجُلاً شِبْهَ عَمْدٍ فَعَلَى عَاقِلَتِهِ دِيَةٌ مُغَلَّظَةٌ ، وَعَلَيْهِ كَفَّارَةٌ ، ودِيَةُ شِبْهِ العَمْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ أَرْبَاعاً : خَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ ، وَخَمْسٌ وعِشْرُونَ بِنْتَ لَبُونٍ ، وخَمْسٌ وَعِشْرُونَ حِقَّةً ، وخَمْسٌ وعِشْرُونَ جَذَعَةً ، ولا يَثْبُتُ التَّغْلِيظُ إلاَّ فِي الإِبِلِ خَاصَّةً ، فإِنْ قُضِيَ بِالدِّيَةِ مِنْ غَيْرِ الإِبِلِ لَمْ تَتَغَلَّظْ ،

كتاب الديات

مناسبتها للجنايات وتأخيرها عنها ظاهر .

والديات : جمع دية ؛ وهى فى الشرع : اسم للمال الذى هو بدل النفس ، لا تسمية للمفعول بالمصدر ؛ لأنه من المنقولات الشرعية ، والأَرْشُ : اسم للواجب فيما دون النفس ، كما فى الدر .

(إذا قتل رجل رجلا شبه عمد) كما تقدم (فعلى عاقلته دية مغلظة ، وعليه) أيضاً (كفارة) وسيأتى أنها عتق رقبة مؤمنة ، وإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين (ودية شبه العمد) المعبر عنها بالمغلظة (عند أبى حنيفة وأبى يوسف مائة من الإبل أرباعاً) وهى (خمس وعشرون بنت مخاض) وتقدم فى الزكاة أنها التى طعنت فى السنة الثانية (وخمس وعشرون بنت لبون) وهى التى طعنت فى الثالثة (وخمس وعشرون حقة) وهى التى طعنت فى الرابعة (وخمس وعشرون جذعة) وهى التى طعنت فى الخامسة . وقال محمد : ثلاثون جذعة ، وثلاثون حقة ، وأربعون ثَنِيَّة ، كلها خلفات فى بطونها أولادها . قال الإسبيجابى : والصحيح قول الإمام ، واعتمده المحبوبى والنسفى وغيرهما كما فى التصحيح (ولا يثبت التغليظ إلا فى الإبل خاصة) لأن التوقيف فيه (فإن قضى بالدية من غير الإبل لم تتغلظ) لأنه باب المقدرات ، فيقف على التوقيف .

وَقَتْلُ الْخَطإِ تَجِبُ بِهِ الدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ ، وَالْكَفَّارَةُ عَلَى الْقَاتِلِ ، وَالدِّيَةُ فِي الْخَطإِ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ أَخْمَاساً : عِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ ، وَعِشْرُونَ ابْنَ مَخَاضٍ ، وَعِشْرُونَ بِنْتَ لَبُونٍ ، وَعِشْرُونَ حِقَّةً ، وَعِشْرُونَ جَذَعَةً ، وَمِنَ الْعَيْنِ أَلْفُ دِينَارٍ ، وَمِنَ الْوَرِقِ عَشَرَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ ، وَلَا تَثْبُتُ الدِّيَةُ إِلَّا مِنْ هَذِهِ الْأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّد : مِنَ الْبَقَرِ مِائَتَا بَقَرَةٍ ، وَمِنَ الْغَنَمِ أَلْفَا شَاةٍ ، وَمِنَ الْحُلَلِ مِائَتَا حُلَّةٍ كُلُّ حُلَّةٍ ثَوْبَانِ .

(وقتل الخطإ تجب به الدية على العاقلة ، والكفارة على القاتل) ؛ لما بينا أول الجنايات .

(والدية فى الخطإ) غير مغلظة ، وهى (مائة من الإبل أخماساً : عشرون بنت مخاض ، وعشرون ابن مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعا) ، لأنها أليق بحالة الخطأ ، لأن الخاطىء معذور .

(و) الدية (من العين) : أي الذهب (ألف دينار ، ومن الورق) : أى الفضة (عشرة آلاف درهم) وزن سبعة .

(ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة) المذكورة (عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد) : تثبت أيضا (من البقر مائتا بقرة ، ومن الغنم ألفا شاة ، ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) ؛ لأن عمر رضى الله عنه هكذا جعل على أهل كل مال منها ، قال جمال الإسلام فى شرحه : الصحيح قول أبى حنيفة ، واختارهُ البرهانى والنسفى وغيرهما ، تصحيح .

* * *

وَدِيَةُ الْمُسْلِمِ وَالذِّمِّيِّ سَوَاءٌ ، وَفِي النَّفْسِ الدِّيَةُ ، وَفِي الْمَارِنِ الدِّيَةُ ، وَفِي اللِّسَانِ الدِّيَةُ ، وفي الذَّكَرِ الدِّيَةُ ، وَفِي الْعَقْلِ إِذَا ضَرَبَ رَأْسَهُ فَذَهَبَ عَقْلُهُ الدِّيَةُ ،

(ودية المسلم والذمى سواء) ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « دية كل ذى عهد فى عهده ألف دينار » و به قضى أبو بكر وعمر كما فى الدرر ، ولا دية للمستأمن، هو الصحيح ، وأما المرأة فديتها نصف الدية كما فى الجوهرة .

(وفى النفس الدية) والمراد نفس الحر ، يستوى فيه الصغير والكبير ، والوضيع والشريف ، والمسلم والذمى ، لاستوائهم فى الحرمة والعصمة وكمال الأحوال فى الأحكام الدنيوية ، اختيار .

(وفى المارن) وهو مالان من الألف ، و يسمى الأرنبة (الدية) ، لفوات منفعة الجمال ، والأصل : أن كل ما يفوت به جنس المنفعة تجب به دية كاملة ، لأن البدن يصير هالكا بالنسبة إلى تلك المنفعة ، ولو قطع من القصبة لا يزاد على دية واحدة ، لأنه عضو واحد .

(وفى اللسان) الفصيح إذا منع النطق أو أداء أكثر الحروف (الدية) قيدنا بالفصيح لأن فى لسان الأخرس حكومة عدل ، و بمنع النطق أو أداء أكثر الحروف لأنه إذا منع أقلها قسمت الدية على عدد حروف الهجاء الثمانية والعشرين، أو حروف اللسان ، تصحيحان : فما أصاب الفائت يلزمه كما فى الدر ، وتمامه فى شرح الوهبانية (وفى الذكر) الصحيح (الدية) أما ذكر العنين والخصى والخنثى ففيه حكومة (وفى العقل إذا ضرب رأسه فذهب) منه (عقله الدية) ، لأنه بذهاب العقل تتلف منفعة الأعضاء ، فصار كتلف النفس ؛ وكذا إذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه أو كلامه ، كما فى الجوهرة .

وَفِي اللِّحْيَةِ إِذَا حُلِقَتْ فَلَمْ تَنْبُتِ الدِّيَةُ ، وفِي شَعْرِ الرَّأْسِ الدِّيَةُ ، وفِي الْحَاجِبَيْنِ الدِّيَةُ ، وفِي الْعَيْنَيْنِ الدِّيَةُ ، وَفِي الْيَدَيْنِ الدِّيَةُ ، وفِي الرِّجْلَيْنِ الدِّيَةُ ، وفِي الأُذُنَيْنِ الدِّيَةُ ، وفِي الشَّفَتَيْنِ الدِّيَةُ ، وَفِي الأُنْثَيَيْنِ الدِّيَةُ ، وَفِي ثَدْيَيِ الْمَرْأَةِ الدِّيَةُ ، وَفِي كُلِّ واحِدٍ مِنْ هٰذِهِ الأَشْياءِ نِصْفُ الدِّيَةِ ، وَفِي أَشْفَارِ الْعَيْنَيْنِ الدِّيَةُ ، وَفِي أَحَدِهَا رُبعُ الدِّيَةُ ، وفِي كُلِّ إِصْبَعٍ مِنْ أَصَابِعِ الْيَدَيْنِ

(وفى اللحية) من الرجل (إذا حلقت فلم تنبت الدية) أما لحية المرأة فلاشيء فيها ، لأنها نقص ، وفى شرح الاسبيجابى : قال الفقيه أبوجعفر الهندوانى : هذا إذا كانت اللحية كاملة يتجمل بها ،فإن كانت طاقات متفرقة لايتجمل بها فلاشيء فيها ، فإن كانت غير متفرقة إلا أنه لا يقع بها جمال كامل ففيها حكومة عدل اه. وفى الهداية : وفى الشارب حكومة عدل ، وهو الصحيح . اه . (وفى شعرالرأس) من الرجل والمرأة إذا حلقه أو نتفه ولم ينبت (الدية ، وفى الحاجبين) كذلك (الدية ، وفى العينين الدية ، وفى اليدين الدية ، وفى الرجلين الدية ، وفى الأذنين الدية ، وفى الشفتين الدية ، وفى الأنثيين) : أى الخصيتين (الدية ، وفى ثديى المرأة) وحلمتيها (الدية) أى دية المرأة . قيد بالمرأة لأن فى ثديى الرجل حكومة كما فى الجوهرة (وفى كل واحد من هذه الأشياء) المزدوجة (نصف الدية) ؛ لأن تفويت الاثنين منها تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كمال الدية ، وفى أحدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية .

(وفى أشفار العينين) الأربعة إذا لم تنبت (الدية) وفى الاثنين منها نصف الدية (وفى أحدها ربع الدية) ، لما بينا (وفى كل إصبع من أصابع اليدين

وَالرِّجْلَيْنِ عُشْرُ الدِّيَةِ ، والأَصَابِعُ كلُّها سَوَاء ، وكُلُّ إِصْبَعٍ فِيهَا ثَلَاثَةُ مَفَاصِلَ ، فَفِي أَحَدِهَا ثُلُثُ دِيَةِ الإِصْبَعِ ، ومَا فِيهَا مِفْصَلَانِ فَفِي أَحَدِهِمَا نِصْفُ دِيَةِ الإِصْبَعِ ، وَفِي كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ ، والأَسْنَانُ والأَضْرَاسُ كلُّها سَوَاء ، وَمَنْ ضَرَبَ عُضْواً فأَذْهَبَ مَنْفَعَتَهُ فَفِيهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ ، كَمَا لَوْ قَطَعَهُ ، كَالْيَدِ إِذَا شَلَّتْ ، وَالْعَيْنِ إِذَا ذَهَبَ ضَوْءُهَا .

والرجلين عشر الدية) لقوله صلى الله عليه وسلم « فى كل إصبع عشر من الإبل » (والأصابع كلها) . أى صغيرها وكبيرها (سواء) لاستوائها فى المنفعة (وكل إصبع فيها ثلاث مفاصل ففى أحدها) أى أحد المفاصل (ثلث دية الإصبع) ؛ لأنه ثلثها (وما فيها مفصلان ففى أحدهما نصف دية الإصبع) ؛ لأنه نصفها ، توزيعاً للبدل على المبدل (وفى كل سن) من الرجل نصف عشر الدية ، وهى (خمس من الإبل) أو خمسون ديناراً ، أو خمسمائة درهم ، وحينئذ تزيد دية الأسنان كلها على دية النفس بثلاثة أخماسها ، لأنها فى الغالب اثنان وثلاثون : عشرون ضرساً ، وأربعة أنياب ؛ وأربعة ثنايا ، وأربعة ضواحك ؛ ولا بأس فى ذلك ، لثبوته بالنص على خلاف القياس كما فى الغاية ؛ وفى العناية : وليس فى البدن ما يجب بتفويته أكثر من قدر الدية سوى الأسنان . اهـ . قيدنا بسن الرجل لأن دية سن المرأة نصف دية سن الرجل ، كما فى الجوهرة (والأسنان والأضراس كلها سواء) لاستوائها فى المعنى ، لأن الطواحن و إن كان فيها منفعة الطحن ففى الضواحك زينة تساوى ذلك كما فى الجوهرة .

(ومن ضرب عضواً فأذهب منفعته ففيه دية كاملة) أى دية ذلك العضو وإن بقى قائما ، وبصير (كما لو قطعه) وذلك (كاليد إذا شلت والعين إذا ذهب ضوءها) ، لأن المقصود من العضو منفعته ، فذهاب منفعته كذهاب عينه .

وَالشِّجَاجُ عَشَرَةٌ : الحَارِصَةُ ،والدَّامِعَةُ، وَالدَّامِيَةُ ، وَالْبَاضِعَةُ ، وَالمُتَلاحِمَةُ، وَالسِّمْحَاقُ ، والمُوضِحةُ ، وَالهَاشِمَةُ ، وَالْمُنَقِّلَةُ ، والآمَّةُ ، فَفِي المُوضِحَةِ القِصَاصُ إنْ كانَتْ عَمْداً .

(الشجاج) وهو : ما يكون فى الوجه والرأس من الجراحة (عشرة) وهى (الحارصة) بمهملات ــ وهى : التى تحرص الجلد : أى تخدشه (والدامعة) بمهملات أيضا ــ وهى : التى تظهر الدم كالدمع ولا تسيله (والدامية) وهى : التى تسيل الدم (والباضعة) وهى : التى تبضع اللحم : أى تقطعه (والمتلاحمة) وهى : التى تأخذفى اللحم ولا تبلغ السمحاق (والسمحاق)وهى:التى: تصل السمحاق ، وهى جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس (والموضحة) وهى التى توضح العظم : أى تظهره (والهاشمة) وهى : التى تهشم العظم: أى تكسره (والمنقلة) وهى : التى تنقل العظم عن موضعه بعد كسره (والآمة) وهى: التى تصل إلى أم الدماغ ، وهى الجلدة التى فيها الدماغ، وبعدها الدامغة ــ بغين معجمة ــ وهى التى تخرج الدماغ، ولم يذكرها محمد للموت بعدها عادة فتكون قتلا ، لا شجاجا ، فعلم بالاستقراء بحسب الآثار أنها لا تزيد على العشرة ؛ در .

(ففى الموضحة القصاص إن كانت) الشجة (عمداً) ، لإمكان المماثلة فيها بالقطع إلى العظم فيتساويان ؛ ثم مافوقها لاقصاص فيه بالإجماع، لتعذر المماثلة؛ وأما ماقبلها ففيه خلاف : روى الحسن عن أبى حنيفة لاقصاص فيها ، وذكر محمد فى الأصل ــ وهى ظاهر الرواية ــ أن فيه القصاص إلا السمحاق فإنه لاقصاص فيه إجماعا، لتعذر المماثلة، إذ لا يمكن أن ينشق حتى ينتهى إلى جلدة رقيقة فوق العظم، بخلاف ماقبلها، لإمكانه بعمل حديدة بقدر ذلك وتنفذ فى اللحم إلى آخرها فيستوفى منه كما فى الجوهرة ، ومثله

وَلا قِصَاصَ فِي بَقِيَّةِ الشِّجَاجِ ، ومَا دُونَ الْمُوضِحَةِ فَفِيهِ حُكُومَةُ عَدْلٍ ، وَفِي الْمُوضِحَةِ إِنْ كَانَتْ خَطَأً نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ ، وَفِي الْهَاشِمَةِ عُشْرُ الدِّيَةِ ، وَفِي الْمُنَقِّلَةِ عُشْرُ وَنِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ ، وَفِي الآمَّةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ ، وَفِي الْجَائِفَةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ ، فَإِنْ نَفَذَتْ فَهِيَ جَائِفَتَانِ فَفِيهَا ثُلُثَا الدِّيَةِ . وفى أَصَابِعِ الْيَدِ نِصْفُ الدِّيَةِ .

فى الهداية وشرح الإسبيجابى (ولاقصاص فى بقية الشجاج) هذا بعمومه إنما هو رواية الحسن عن أبى حنيفة ، وأما على ماذكره محمد فى الأصل فمحمول على مافوق الموضحة ، جوهرة . ثم مالاقصاص فيه يستوى فيه العمد والخطأ (ومادون الموضحة) من الستة السابقة (ففيه حكومة عدل) وهى كما قال الطحاوى : أن يقوم مملوكا بغير هذا الأثر، ثم معه ، فقدر التفاوت بين الثمنين يجب بحسابه من دية الحر، فإن كان نصف عشر الثمنين وجب نصف عشر الدية ، وهكذا، وبه يفتى كما فى الدر تبعاً للوقاية والنقاية والملتقى والخانية وغيرها .

(و) يجب (فى الموضحة إن كانت خطأ نصف عشر الدية) وذلك من الدراهم خمسمائة درهم فى الرجل ، ومائتان وخمسون فى المرأة ، وهى على العاقلة ، ولا تعقل العاقلة ما دونها كما يأتى (وفى الهاشمة عشر الدية ، وفى المنقلة عشر ونصف عشر الدية ، وفى الآمة ثلث الدية ، وفى الجائفة) وهى من الجراحة لا من الشجاج وهى التى تصل إلى الجوف (ثلث الدية) أيضاً، لأنها بمنزلة الآمة ، وكل ذلك ثبت بالحديث (فإن نفذت) الجائفة (فهى جائفتان ، ففيها ثلثا الدية) فى كل جائفة ثلثها ، كما قضى بذلك أبو بكر رضى الله عنه .

(و) يجب (فى) قطع (أصابع اليد) كلها (نصف الدية) لأن فى كل إصبع

وَإِنْ قَطَعَهَا مَعَ الْكَفِّ فَفِيهَا نِصْفُ الدِّيَةِ ، وَإِنْ قَطَعَهَا مَعَ نِصْفِ السَّاعِدِ ، فَفِي الْكَفِّ نِصْفُ الدِّيَةِ ، وَفِي الزِّيَادَةِ حُكُومَةُ عَدْلٍ ، وَفِي الْإِصْبَعِ الزَّائِدَةِ حُكُومَةُ عَدْلٍ ، وَفِي عَيْنِ الصَّبِيِّ وَذَكَرِهِ وَلِسَانِهِ إِذَا لَمْ تُعْلَمْ صِحَّتُهُ حُكُومَةُ عَدْلٍ ، وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا مُوضِحَةً فَذَهَبَ عَقْلُهُ أَوْ شَعْرُ رَأْسِهِ دَخَلَ أَرْشُ الْمُوضِحَةِ فِي الدِّيَةِ ، وَإِنْ ذَهَبَ سَمْعُهُ أَوْ بَصَرُهُ أَوْ كَلَامُهُ فَعَلَيْهِ أَرْشُ الْمُوضِحَةِ مَعَ الدِّيَةِ ، وَمَنْ قَطَعَ إِصْبَعَ رَجُلٍ فَشَلَّتْ

عشر الدية كما مر (و) كذا الحكم (إن قطعها مع الكف ففيها) أى الأصابع مع الكف (نصف الدية) ، لأن الكف تبع للأصابع (و إن قطعها): أى الأصابع (مع نصف الساعد ففى الكف نصف الدية ، وفى الزيادة حكومة عدل) قال جمال الإسلام : وهذا قول أبى حنيفة ومحمد؛ وعند أبى يوسف لا يجب فيها إلا أرش اليد والصحيح قولهما ، واعتمده المحبوبى والنسفى ، تصحيح (و) يجب (فى الإصبع الزائدة حكومة عدل) تشريفا للآدمى ، لأنها جزء من يده لكن لا منفعة فيها ولا زينة ، وكذا السن الزائدة ، جوهرة (و) كذا (فى عين الصبى وذكره ولسانه إذا لم تعلم صحته) : أى صحة ذلك العضو بنظر فى العين وحركة فى الذكر وكلام فى اللسان (حكومة عدل) : لأن منفعته غير معلومة (ومن شج رجلا موضحة فذهب) بسببها (عقله أو شعر رأسه) كله فلم ينبت (دخل أرش الموضحة فى الدية) ، لدخول الجزء فى الكل ، كمن قطع إصبعه فشلت اليد . قيدنا بالكل لأنه إذا تناثر بعضه ينظر إلى أرش الموضحة وإلى الحكومة فى الشعر ، فإن كانا سواء يجب أرش الموضحة ، وإن كان أحدهما أكثر من الآخر دخل الأقل فى الأكثر ، كما فى الجوهرة (وإن ذهب) بسببها (سمعه أو بصره أو كلامه فعليه أرش الموضحة مع الدية) ولا يدخل فيها ، لأنه كأعضاء مختلفة ، بخلاف العقل ، لعود نفعه للكل (ومن قطع إصبع رجل فشلت

أُخْرَى إِلَى جَنْبِهَا فَفِيهِمَا الْأَرْشُ وَلَا قِصَاصَ فِيهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَنْ قَلَعَ سِنَّ رَجُلٍ فَنَبَتَتْ مَكَانَهَا أُخْرَى سَقَطَ الْأَرْشُ ، وَمَنْ شَجَّ رَجُلاً فَالْتَحَمَتْ وَلَمْ يَبْقَ لَهَا أَثَرٌ وَنَبَتَ الشَّعْرُ سَقَطَ الْأَرْشُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : عَلَيْهِ أَرْشُ الْأَلَمِ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : عَلَيْهِ أُجْرَةُ الطَّبِيبِ ، وَمَنْ جَرَحَ رَجُلاً جِرَاحَةً لَمْ يُقْتَصَّ مِنْهُ حَتَّى يَبْرَأَ ،

أخرى إلى جنبها ففيهما الأرش ، ولا قصاص فيه عند أبى حنيفة) وعندهما عليه القصاص فى الأولى ، والأرش فى الأخرى ، قال الإسبيجابى : والصحيح قول أبى حنيفة ، وعليه مشى البرهانى والنسفى وغيرهما ، تصحيح (ومن قلع سن رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الأرش) لأن حقه قد أنجبر بعود المنفعة والزينة (ومن شج رجلا فالتحمت) الشجة (ولم يبق لها أثر ونبت الشعر) كعادته (سقط الأرش عند أبى حنيفة) ؛ لزوال الشين الموجب له ؛ ولم يبق سوى مجرد الألم ؛ وهو لايوجب الأرش (وقال أبو يوسف : عليه أرش الألم) وهى حكومة عدل ؛ هداية (وقال محمد: عليه أجرة الطبيب) وثمن الدواء ؛ لأنه إنما لزمه ذلك من فعله ؛ وفى الدر عن شرح الطحاوى: فسر قول أبى يوسف أرش الألم بأجرة الطبيب وثمن الدواء ؛ فعليه لا خلاف بينهما ، اه . وفى التصحيح : وعلى قول الإمام اعتمد الأئمة المحبوبى والنسفى وغيرهما ؛ لكن قال فى العيون: لا يجب عليه شيء قياساً ، وقالا : يستحسن أن تجب عليه حكومة عدل مثل أجرة الطبيب وثمن الدواء ؛ وهكذا كل جراحة برئت ، زجراً للجناية وجبراً للضرر ، اه .

(ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه) حالاً ؛ بل (حتى يبرأ) منه ؛ لأن

وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ خَطأً ، ثُمَّ قَتَلَهُ قَبْلَ الْبُرْءِ ، فَعَلَيْهِ الدِّيَةُ وَسقط أَرْشُ الْيَدِ .

وكُلُّ عَمْدٍ سَقَطَ فِيهِ الْقِصَاصُ بِشُبْهَةٍ فَالدِّيَةُ فِي مَالِ الْقَاتِلِ ، وَكُلُّ أَرْشٍ وَجَبَ بِالصُّلْحِ فَهُوَ فِي مَالِ الْقَاتِلِ .

وَإِذَا قَتَلَ الْأَبُ ابْنَهُ عَمْداً فَالدِّيَةُ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ .

الجرح معتبر بما يؤول إليه ، لاحتمال السراية إلى النفس فيظهر أنه قتل ، وإنما يستقر الأمر بالبرء (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله) خطأ أيضا (قبل البرء) منها (فعليه الدية وسقط أرش اليد) ، لاتحاد جنس الجناية . وهذه ثمانية مسائل ؛ لأن القطع إما عمد أو خطأ ، والقتل كذلك ، فصارت أربعة ، ثم إما أن يكون بينهما برء أولا ، صارت ثمانية، فإن كان كل منهما عمدا وبرىء بينهما يقتص بالقطع ثم بالقتل ، وإن لم يبرأ فكذلك عند الإمام خلافاً لهما ، وإن كان كل منهما خطأ فإن برىء بينهما أخذ بهما : فيجب دية اليد والنفس، وإن لم يبرأ بينهما كفت دية القتل ، وهى مسألة الكتاب، وإن قطع عمداً ثم قتل خطأ أو بالعكس — سواء برىء بينهما أو لم يبرأ — أخذبهما؛ لاختلاف الجنايتين، وتمامه فى صدر الشريعة.

(وكل عمد سقط فيه القصاص بشبهة) كون القاتل أبا ، أو مَنْ له القصاص ولدا للجانى ، أو كان فى القاتلين صغير ، أو عفا أحد الأولياء (فالدية فى مال القاتل) فى ثلاث سنين (وكل أرش وجب بالصلح فهو فى مال القاتل) أيضا ، وتجب حالا ، لأنه استحق بالعقد ، وما يستحق بالعقد فهو حال إلا إذا اشترط فيه الأجل كأثمان المبيعات كما فى الجوهرة .

(وإذا قتل الأب ابنه عمداً فالدية فى ماله فى ثلاث سنين) وكذا لو شاركه فى قتله أجنبى فالدية عليهما ، وسقط عنه القصاص ، وإذا اشترك عامدان فى قتل

وَكُلُّ جِنَايَةٍ اعْتَرَفَ بِهَا الْجَانِى فَهِىَ فِى مَالِهِ ، وَلاَ يُصَدَّقُ عَلَى عَاقِلَتِهِ

وَعَمْدُ الصَّبِىِّ وَالْمَجْنُونِ خَطَأٌ ، وَفِيهِ الدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ .

وَمَنْ حَفَرَ بِئْراً فِى طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ ، أَوْ وَضَعَ حَجَراً ، فَتَلِفَ بِذَلِكَ إِنْسَانٌ فَدِيَتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ ، وَإِنْ تَلِفَ فِيهِ بَهِيمَةٌ فَضَمَانُهَا فِى مَالِهِ ، وَإِنْ أَشْرَعَ فِى الطَّرِيقِ رَوْشَنًا أَوْ مِيزَاباً فَسَقَطَ عَلَى إِنْسَانٍ فَعَطِبَ فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ ،

رجل فعُفى عن أحدهما فالمشهور أن الآخر يجب عليه القصاص، وعن أبى يوسف لا قصاص عليه ، لأنه لما سقط عن أحدهما صار كأن جميع النفس مستوفاة بفعله ، كذا فى الكرخى ، جوهرة (وكل جناية اعترف بها الجانى فهى فى ماله ، ولا يصدق على عاقلته) ويجب حالا ، لأنه التزمه بإقراره .

(وعمد الصبى والمجنون خطأ) ، لأنه ليس لهما قصد صحيح ؛ ولذا لم يأثما (و) يجب (فيه الدية على العاقلة) ولا يحرم الميراث ، لأنه للعقوبة ، وهما ليسا من أهل العقوبة .

(ومن حفر بئرا فى طريق المسلمين أو وضع حجراً) أو خشبة أو ترابا (فتلف بذلك إنسان فديته على عاقلته) ، لوجوبها بتسببه (وإن تلف فيها بهيمة فضمانها فى ماله) لأنه ضمان مال ، وضمان المال لا تحمله العاقلة (وإن أشرع) : أى أخرج (فى الطريق روشنا) كظُلّة وجذع وممرّ علو (أو ميزابا) أو نحو ذلك (فسقط على إنسان فعطب) : أى هلك (فالدية على عاقلته) ، لوجوبها بتسببه ، وهذا إن أصابه الطرف الخارج ؛ أما لو أصابه الطرف الداخل الذى هو فى حائطه فلا ضمان عليه ، لعدم تعدِّيه ، لأنه موضوع فى ملكه ، وإن أصابه

وَلاَ كَفَّارَةَ عَلَى حَافِرِ الْبِئْرِ وَوَاضِعِ الْحَجَرِ ، وَمَنْ حَفَرَ بِئْراً فِي مِلْكِهِ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ لَمْ يَضْمَنْ ، وَالرَّاكِبُ ضَامِنٌ لِمَا وَطِئَتِ الدَّابَّةُ ، وَمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا أَوْ كَدَمَتْ ، وَلاَ يَضْمَنُ مَا نَفَحَتْ بِرِجْلِهَا أَوْ ذَنَبِهَا ، فَإِنْ

الطرفان جميعا ضمن النصف ، و إن لم يعلم أى الطرفين أصابه فالقياس أن لا يضمن للشك ، وفى الاستحسان يضمن النصف كما فى الجوهرة ، ثم هو جائز إن لم يضر بالعامة ، ولكل واحد من أهل الخصومة مَنْعُه ومطالبته بنقضه إذا بنى لنفسه من غير إذن الإمام ، و إن بنى للمسلمين كمسجد ونحوه أو بإذن الإمام لا ينقض ، وأما إذا كان يضر بالعامة فلا يجوز مطلقاً ، والجلوس فى الطريق للبيع والشراء على هذا ، وهذا كله فى الطريق العام ، أما غير النافذ فلا يجوز إحداث شىء فيه مطلقاً إلا بإذنهم ، لأنه بمنزلة الملك الخاص بهم (ولا كفارة على حافر البئر وواضع الحجر) ؛ لأنها تتعلق بحقيقة القتل ، والمتسبب ليس بقاتل حقيقة ؛ لأنه قد يقع بعد موته ، و يستحيل أن يكون الميت قاتلا ، ولا يحرم الميراث ؛ لما بيناه كما مر (ومن حفر بئراً فى ملكه فعطب بها إنسان لم يضمن) ؛ لأنه غير متعدٍّ فى فعله ؛ فلا يلزمه ضمان ما تولد منه .

(والراكب) فى طريق العامة (ضامن لما وطئت الدابة وما أصابت بيدها) أو رجلها أو صدمته برأسها (أو كدمت) : أى عَضَّتْ بفمها ؛ لإمكان التحرز عنه (ولا يضمن ما نفحت) : أى ضربت (برجلها أو ذنبها) والأصل : أن المرور فى طريق المسلمين مُبَاح ، لكنه مقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ، دون ما لا يمكن ؛ لما فيه من المنع من التصرف وسد بابه ، والاحتراز عن الوطء وما يضاهيه ممكن ، فإنه ليس من ضرورات التسيير ، فقيد بشرط السلامة عنه ، والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه فلم يتقيد به كما فى الهداية (فإن

رَاثَتْ أَوْ بَالَتْ فِى الطَّرِيقِ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ لَمْ يَضْمَنْ ، وَالسَّائِقُ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا أَوْ رِجْلِهَا ، وَالْقَائِدُ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا دُونَ رِجْلِهَا ، وَمَنْ قَادَ قِطَاراً فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا وَطِئَ ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُ سَائِقٌ فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا ؛

راثت) الدابة (أو بالت فى الطريق) وهى تسير (فعطب به إنسان لم يضمن) لأنه من ضرورات السير ؛ فلا يمكنه الاحتراز عنه ، وكذا إذا أوقفها لذلك ، لأن من الدواب مالا يفعل ذلك إلا بالإيقاف ، وإن أوقفها لغير ذلك فعطب إنسان بروثها أو بولها ضمن ؛ لأنه متعد فى هذا الإيقاف ، لأنه ليس من ضرورات السير ، هداية (والسائق) للدابة (ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها ، والقائد) لها (ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها) قال الزاهدى فى شرحه وصاحب الهداية فيها وفى مجموع النوازل : هكذا ذكره القدورى فى مختصره ، وبذلك أخذ بعض المشايخ ، وأكثر المشايخ على أن السائق لايضمن النفحة لأنه لا يمكنه دفعها عنها ، وإن كانت ترى منه، وهو الأصح ، تصحيح .وقال فى الهداية : وفى الجامع: وكل شىء ضمنه الراكب يضمنه السائق والقائد ،لأنهما متسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة إلى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب ، إلا أن على الراكب الكفارة فيما وطئت ولا كفارة عليهما ،وتمامه فيها (ومن قاد قطاراً فهو ضامن لما وطىء) ، لأن عليه حفظه كالسائق فيصير متعديا بالتقصير فيه ، والتسبب بوصف التعدى سبب الضمان ، إلا أن ضمان النفس على العاقلة وضمان المال فى ماله كما فى الهداية (فإن كان معه) : أى مع القائد (سائق فالضمان عليهما) لاشتراكهما فى ذلك ، لأن قائد الواحد قائد للكل ، وكذا السائق لاتصال الأزمّة .

وَإِذَا جَنَى الْعَبْدُ جِنَايَةً خَطأً قِيلَ لِمَوْلَاهُ : إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ بِهَا أَوْ تَفْدِيَهُ ، فَإِنْ دَفَعَهُ مَلَكَهُ وَلِيُّ الْجِنَايَةِ ، وَإِنْ فَدَاهُ فَدَاهُ بِأَرْشِهَا ، فَإِنْ عَادَ فَجَنَى كَانَ حُكْمُ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ حُكْمَ الْأُولَى ، فَإِنْ جَنَى جِنَايَتَيْنِ قِيلَ لِلْمَوْلَى : إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَتَيْنِ يَقْتَسِمَانِ عَلَى قَدْرِ حَقَّيْهِمَا ، وَإِمَّا أَنْ تَفْدِيَهُ بِأَرْشِ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ،

(وإذا جنى العبد جناية خطأ) على حر أو عبد ، فى النفس أو ما دونها ، قل أرشها أو كثر (قيل لمولاه) : أنت بالخيار (إما أن تدفعه بهـا) إلى ولى الجناية (أو تفديه) بأرشها حالا . قيد بالخطأ لأنه فى العمد يجب عليه القصاص ، وإنما يفيد فى النفس فقط ، وأما فيما دونها فلا يفيد ، لاستواء خطئه وعمده فيما دونها (فإن دفعه) مولاه بها (ملكه ولى الجناية) ولا شىء له غيره (وإن فداه فداه بأرشها) وكل ذلك يلزمه حالا ، أما الأول فلأن التأجيل فى الأعيان باطل ، وأما الثانى فلأنه جُعل بدلا عن العبد فقام مقامه وأخذ حكمه ، وأيهما اختاره وفعله لاشىء لولى الجناية سواه ، فإن لم يختر شيئاً حتى مات العبد بطل حق المجنى عليه ، لفوات محل حقه ، وإن مات بعد مااختار الفداء لم يبرأ ، لتحول الحق إلى ذمة المولى كما فى الهداية (فإن عاد) العبد (فجنى) جناية أخرى بعد ما فداه المولى (كان حكم الجناية الثانية حكم الأولى) ، لأنه لما خرج من الجناية الأولى صار كأنه لم يجن غير الجناية الثانية (فإن جنى جنايتين) متواليتين : أى من غير تخلُّلِ فدائه (قيل للمولى) : أنت بالخيـار (إما أن تدفعه إلى ولى الجنايتين يقتسمانه) بينهما (على قدر حقيهما) من أرش جنايتهما ، (وإما أن تفديه بأرش كل واحدة منهما) : أى الجنايتين ، لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ، ألا يرى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية برقبته ، فحق

وَإِنْ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى ، وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِالْجِنَايَةِ ، ضَمِنَ الأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنْ أَرْشِهَا ، وَإِن بَاعَهُ الْمَوْلَى أَوْ أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْجِنَايَةِ وَجَبَ عَلَيْهِ الأَرْشُ ، وَإِذَا جَنَى الْمُدَبَّرُ أَوْ أُمُّ الْوَلَدِ جِنَايَةً خَطأً ضَمِنَ الْمَوْلَى الأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنْ أَرْشِهَا ، فَإِنْ جَنَى أُخْرَى وَقَدْ دَفَعَ الْمَوْلَى الْقِيمَةَ إِلَىٰ وَلِيِّ الأَوَّلِ بِقَضَاءٍ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَيَتْبَعُ وَلِيّ

ولى الجناية الأولى أولى أن لا يمنع كما فى الهداية (وإن أعتقه المولى) أو باعه أو وهبه أو دبّره أو استولدها (وهو لا يعلم بالجناية ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها) ، لأنه لما لم يعلم لم يكن مختاراً للفداء ، إذ لا اختيار بدون علم ، إلا أنه استهلك رقبة تعلق بها حق ولى الجناية فلزمه الضمان ، وإنما لزمه الأقل لأن الأرش إن كان أقل فليس عليه سواه ، وإن كانت القيمة أقل لم يكن متلفاً سواها (وإن باعه المولى أو أعتقه) أو تصرف به تصرفاً يمنعه عن الدفع مما ذكرنا قبله (بعد العلم بالجناية وجب عليه الأرش) فقط ، لأنه لما تصرف به تصرفاً منعه من الدفع بالجناية بعد علمه بها صار مختاراً للفداء لأن المخير بين شيئين إذا فعل ما يمنع من اختيار أحدهما تعين الآخر عليه (وإذا جنى المدبر أو أم الولد جناية) خطأ (ضمن المولى الأقل من قيمته) : أى المدبر أو أم الولد ، وذلك فى أم الولد ثلث قيمتها ، وفى المدبر الثلثان ، وتعتبر القيمة يوم الجناية لا يوم التدبير والاستيلاد (ومن أرشها) : أى الجناية ؛ لأنه صار مانعاً بذلك للدفع من غير اختيار ، فصار كما لو أعتق العبد قبل العلم بالجناية (فإن جنى) المدبر أو أم الولد جناية (أخرى وقد) كان (دفع المولى القيمة إلى) الولى (الأول بقضاء) من القاضى (فلا شىء عليه) سواها ، لأنه لم يتلف إلا قيمة واحدة وقد أجبر على دفعها (و) لكن (يتبع ولى

الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ وَلِيَّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى فَيُشَارِكُهُ فِيمَا أَخَذَ ، وَإِنْ كَانَ الْمَوْلَى دَفَعَ الْقِيمَةَ بِغَيْرِ قَضَاءٍ فَالْوَلِيُّ بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الْمَوْلَى ، وَإِنْ شَاءَ اتَّبَعَ وَلِيَّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى .

وَإِذَا مَالَ الْحَائِطُ إِلَى طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ فَطُولِبَ صَاحِبُهُ بِنَقْضِهِ وَأُشْهِدَ عَلَيْهِ فَلَمْ يَنْقُضْ فِي مُدَّةٍ يَقْدِرُ عَلَى نَقْضِهِ حَتَّى سَقَطَ ضَمِنَ مَا تَلِفَ بِهِ مِنْ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ

الجناية الثانية ولى الجناية الأولى فيشاركه فيما أخذ) ، لأنه قبض ما تعلق به حقه ، فصار بمنزلة الوصى إذا دفع التركة إلى الغرماء ثم ظهر غريم آخر (وإن كان المولى دفع القيمة) إلى ولى الجناية الأولى (بغير قضاء فالولى) أى ولى الجناية الثانية (بالخيار : إن شاء اتبع المولى) ، لدفعه ما تعلق به حقه إلى الغير باختياره ثم يرجع المولى على الأول (وإن شاء اتبع ولى الجناية الأولى) لأنه قبض حقه ظلماً ، وهذا عند أبى حنيفة ، وقالا : لاشىء على المولى ؛ سواء دفع بقضاء أوبدونه لأنه دفع إلى الأول ولا حق للثانى ، فلم يكن متعديا بالدفع ، ولأبى حنيفة أن الجنايات استند ضمانها إلى التدبير الذى صار به المولى مانعاً ؛ فكأنه دبر بعد الجنايات ، فيتعلق حق جماعتهم بالقيمة ، فإذا دفعها بقضاء فقد زالت يده عنها بغير اختياره ؛ فلا يلزمه ضمانها ، وإن دفعها بغير قضاء فقد سلم إلى الأول ما تعلق به حق الثانى باختياره ، فللثانى أن يُضَمِّن أيهما شاء .

(وإذا مال الحائط إلى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه وأشهد عليه) بذلك (فلم ينقض) الحائط (فى مدة يقدر) فيها (على نقضه حتى سقط) الحائط (ضمن ما تلف به من نفس أو مال) إلا أن ما تلف به من النفوس فعلى العاقلة ، ومن الأموال فعليه. قيد بالطلب لأنه لو لم يطالب حتى تلف إنسان أو مال لم يضمن ،

وَيَسْتَوِي أَنْ يُطَالِبَهُ بِنَقْضِهِ مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ ، وإِنْ مَالَ إِلَى دَارِ رَجُلٍ ؛ فَالْمُطَالَبَةُ إِلَى مَالِكِ الدَّارِ خَاصَّةً ، وَإِذَا اصْطَدَمَ فَارِسَانِ فَمَاتَا ، فَعَلَى عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دِيَةُ الآخَرِ ، وإِذَا قَتَلَ رَجُلٌ عَبْداً خَطأً فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لاَ يُزَادُ عَلَى عَشَرَةِ

وهذا إذا كان بناؤه ابتداء مستويا ، لأنه بناه فى ملكه فلم يكن متعديا ، والميل حصل بغير فعله ، بخلاف ما إذا بناه مائلا من الابتداء ، فإنه يضمن ما تلف بسقوطه ، سواء طولب أم لا ، لتعديه بالبناء ، وقيد بصاحبه ــ أى مالكه ــ لأنه لو طولب غيره كالمرتهن والمستأجر والمستعير كان باطلا ، ولا يلزمهم شىء ؛ لأنهم لايملكون نقضه كما فى الجوهرة (ويستوى) فى الطلب (أن يطالبه بنقضه) أحد من أهل الخصومة (مسلم أو ذمى) أو مكاتب ، وكذا الصغير والرقيق المأذون لهما ؛ لاستوائهم فى حق المرور (وإن مال) الحائط (إلى دار رجل فالمطالبة إلى مالك الدار خاصة) ؛ لأن الحق له خاصة ، وإن كان فيهم سكان فلهم أن يطالبوه ، سواء كانوا بإجارة أو إعارة .

(وإذا اصطدم فارسان) حُرّان خطأً (فماتا) منه (فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) ؛ لأن قتل كل واحد منهما مضاف إلى فعل الآخر . قيدنا بالحرين لأنه لو كانا عبدين فهما هَدَر سواء كان خطأً أو عمداً ، أما الأول فلأن الجناية تعلقت برقبة كل منهما دفعاً وفداء ، وقد فات بغير فعل المولى ، وأما الثانى فلأن كل واحد منهما هلك بعد ما جَنَى فيسقط . وقيدنا بالخطأ لأنه لو كان عامدين ضمن كل واحد منهما نصف الدية ، لأن فعل كل واحد منهما محظور ، وأضيف التلف إلى فعلهما كما فى الاختيار .

(وإذا قتل رجل عبداً خطأً فعليه قيمته) لكن (لا يزاد) بها (على عشرة

آلَافِ دِرْهَمٍ ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ عَشَرَةَ آلَافٍ أَوْ أَكْثَرَ ، قُضِيَ عَلَيْهِ بِعَشَرَةِ آلافٍ إلا عَشَرَةً ، وَفِي الْأَمَةِ إِذَا زَادَتْ قِيمَتُهَا عَلَى الدِّيَةِ خَمْسَةُ آلَافٍ إلا عَشَرَةً ، وَفِي يَدِ الْعَبْدِ نِصْفُ الْقِيمَةِ ، لا يُزَادُ عَلَى خَمْسَةِ آلافٍ إِلاَّ خَمْسَةً .

آلاف درهم) ؛ لأنها جناية على آدمى فلا تزاد على دية الحر ؛ لأن المعانى التى فى العبد موجودة فى الحر ، وفى الحر زيادة الحرية ؛ فإذا لم يجب فيه أكثر فلأن لا يجب فى العبد مع نقصانه أولى .

(فإن كانت قيمته عشرة آلاف) درهم (فأكثر قضى عليه بعشرة آلاف إلا عشرة) إظهارا لانحطاط رتبته (وفى الأمة إذا زادت قيمتها على الدية) أى دية المرأة الحرة (خمسة آلاف إلا عشرة) اعتباراً بالحرية ، فإن ديتها على النصف من الرجل ، وينقص العشرة إظهارا لانحاط الرق كما فى العبد ، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : تجب القيمة بالغة ما بلغت ، قال فى التصحيح : وعلى قول أبى حنيفة ومحمد اعتمد الأئمة البرهانى والنسفى والموصلى وغيرهم ، وقال الزاهدى : وما وقع فى بعض نسخ المختصر « وفى الأمة خمسة آلاف إلا خمسة » غير ظاهر الرواية ، وفى عامة الأصول والشروح التى ظفرت بها « إلا عشرة » وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يجب خمسة آلاف إلا خمسة ، والصحيح ما ذكرناه ، وفى الينابيع : والرواية المشهورة هى الأولى ، وهى الصحيحة فى النسخ ، اهـ .

(وفى يد العبد) إذا قطعت (نصف قيمته) لكن (لا يزاد) فيها (على خمسة آلاف) درهم (إلا خمسة) ؛ لأن اليد من الآدمى نصفه ، فيعتبر بكله ؛ فينقص هذا القدر إظهاراً لانحطاط رتبته ، هداية ، لكن قال فى التصحيح :

وَكُلُّ مَا يُقَدَّرُ مِنْ دِيَةِ الْحُرِّ فَهُوَ مُقَدَّرٌ مِنْ قِيمَةِ الْعَبْدِ .

وَإِذَا ضَرَبَ بَطْنَ امْرَأَةٍ فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا فَعَلَيْهِ غُرَّةٌ ، وَهِيَ نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ ، فَإِنْ أَلْقَتْهُ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَعَلَيْهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ ، وَإِنْ أَلْقَتْهُ مَيِّتًا ثُمَّ مَاتَتِ الْأُمُّ فَعَلَيْهِ دِيَةٌ وَغُرَّةٌ ، وَإِنْ مَاتَتِ الْأُمُّ ثُمَّ أَلْقَتْهُ مَيِّتًا فَعَلَيْهِ دِيَةٌ فِي الْأُمِّ ، وَلَا شَيْءَ فِي الْجَنِينِ ، وَمَا يَجِبُ فِي الْجَنِينِ مَوْرُوثٌ عَنْهُ ،

المذكور فى الكتاب رواية عن محمد ، والصحيح تجب القيمة بالغة ما بلغت ، اهـ

(وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد) فما وجب فيه فى الحر نصف الدية ففيه من العبد نصف قيمة ، وهكذا ؛ لأن القيمة فى العبد كالدية فى الحر ، لأنه بدل الدم ، ثم الجناية فى العبد فيما دون النفس على الجانى فى ماله ، لأنه أجرى مجرى ضمان الأموال ، وفى النفس على العاقلة عند أبى حنيفة ومحمد ، خلافاً لأبى يوسف كما فى الجوهرة .

(وإذا ضرب) رجل (بطن امرأة فألقت جنيناً) حراً (ميتاً فعليه) : أى الضارب ، وتتحمله عاقلته (غرة) فى سنة واحدة (وهى نصف عشر الدية) : أى دية الرجل لو الجنين ذكراً ، وعشر دية المرأة لو أنثى ، وكل منهما خمسمائة درهم (فإن ألقته حياً ثم مات فعليه دية كاملة) ، لأنه أتلف حياً بالضرب السابق (وإن ألقته ميتاً ثم ماتت الأم فعليه دية) للأم (وغرة) للجنين ، لما تقرر أن الفعل يتعدد بتعدد أثره ، وصرح فى الذخيرة بتعدد الغرة لو ميتين فأكثر كما فى الدر (وإن ماتت الأم) أولا (ثم ألقته ميتاً فعليه دية فى الأم) فقط (ولا شىء فى الجنين) ، لأن موت الأم سبب لموته ظاهراً فأحيل إليه ، وان ألقته حياً ومات فعليه ديتان (وما يجب فى الجنين) من الغرة أو الدية (موروث عنه) لورثته ؛ لأنه بَدَلُ نفسه ، والبدل عن المقتول لورثته ، إلا أن الضارب إذا كان من

وَفِى جَنِينِ الْأَمَةِ إِذَا كَانَ ذَكَراً نِصْفُ عُشْرِ قِيمَتِهِ لَوْ كَانَ حَيًّا ، وَعُشْرُ قِيمَتِهِ إِنْ كَانَ أُنْثَى ، وَلَا كَفَّارَةَ فِى الْجَنِينِ .

وَالْكَفَّارَةُ فِى شِبْهِ الْعَمْدِ وَالْخَطَأِ : عِتْقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ، وَلَا يُجْزِىءُ فِيهَا الْإِطْعَامُ .

باب القسامة

الورثة لا يرث ، لأن القاتل لا يرث . قيد بالمرأة لأن فى جنين البهيمة ما نقصت الأم إن نقصت ، وإلا فلا يجب شىء ، وقيدنا بالحر لما ذكره بقوله (وفى جنين الأمة) حيث كان رقيقاً (إذا كان ذكراً نصف عشر قيمته لو كان حياً ، وعشر قيمته إن كان أنثى) ، لما مر أن دية الرقيق قيمته ، وإنما قلنا «حيث كان رقيقاً» لأنه لا يلزم من رقية الأم رقية الجنين ، فالعالق من السيد أو المغرور حر وفيه الغرة ، وإن كانت أمه رقيقة كما فى الدر عن الزيلعى (ولا كفارة فى الجنين) وجوبا ، بل ندبا ، در عن الزيلعى ، لأنها إنما تجب فى القتل ، والجنين لا تعلم حياته .

(والكفارة) الواجبة (فى شبه العمد والخطإ : عتق رقبة مؤمنة) لقوله تعالى : « فتحرير رقبة مؤمنة » الآية (فإن لم يجد) ما يعتقه (فصيام شهرين متتابعين) بهذا ورد النص (ولا يجزىء فيها الإطعام) لأنه لم يرد به نص ، والمقادير تعرف بالتوقيف ، وإثبات الأبدال بالرأى لا يجوز ، ويجزئه عتق رضيع أحدُ أبويه مسلم ، لأنه مسلم به ، والظاهر سلامة أطرافه ، ولا يجزئه ما فى البطن ، لأنه لم تعرف حياته ولا سلامته كما فى الهداية .

باب القسامه

هى لغة : بمعنى القسم ، وهو اليمين مطلقاً ، وشرعا : اليمين بعدد مخصوص

وَإِذَا وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي مَحَلَّةٍ وَلَا يُعْلَمُ مَنْ قَتَلَهُ اسْتُحْلِفَ خَمْسُونَ رَجُلاً مِنْهُمْ يَتَخَيَّرُهُمُ الْوَلِيُّ : بِاللهِ مَا قَتَلْنَاهُ وَلَا عَلِمْنَا لَهُ قَاتِلاً ؛ فَإِذَا حَلَفُوا قُضِيَ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بِالدِّيَةِ ، وَلَا يُسْتَحْلَفُ الْوَلِيُّ ، وَلَا يُقْضَى لَهُ بِالْجِنَايَةِ

وسبب مخصوص على وجه مخصوص ، كما بينه بقوله : (وإذا وجد القتيل فى محلة ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم) أى : من أهل المحلة (يتخيرهم الولى) ؛ لأن اليمين حقه ، والظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل أو الصالحين منهم لتباعدهم عن اليمين الكاذبة فيظهر القاتل (بالله ماقتلناه ولا علمنا له قاتلا) أى: يحلف كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا .

(فإذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية) فى مالهم إن كانت الدعوى بالعمد، وعلى عواقلهم إن كان بالخطأ كما فى شرح المجمع مَعْزِيًّا للذخيرة والخانية ، ونقل ابن الكمال عن المبسوط أن فى ظاهر الرواية القسامة على أهل المحلة ، والدية على عواقلهم فى ثلاث سنين ، وكذا قيمة القِنِّ تؤخذ فى ثلاث سنين ، شرنبلالية كذا فى الدر .

(ولا يستحلف الولى) وإن كان من أهل المحلة ، لأنه غير مشروع (ولا يقضى له) أى للولى (بالجناية) بيمينه ، لأن اليمين شرعت للدفع ، لا للاستحقاق ، وإنما وجبت الدية بالقتل الموجود منهم ظاهراً لوجود القتيل بين أظهرهم ، أو بتقصيرهم فى المحافظة كما فى قتل الخطأ والقسامة لم تشرع لتجب الدية إذا نكلوا، وإنما شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقرون بالقتل، فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص، وثبتت الدية لئلا يهدر دمه، ثم من نكل منهم حبس حتى يحلف، لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لأمر الدم ، ولهذا يجمع بينه وبين الدية، بخلاف النكول

وَإِنْ لَمْ يَكْمُلْ أَهْلُ المَحِلَّةِ كُرِّرَتِ الأَيْمَانُ عَلَيْهِمْ حَتَّى يَتِمَّ خَمْسُونَ ، وَلا يَدْخُلُ فِي القَسَامَةِ صَبِيٌّ ولا مَجْنُونٌ وَلاَ امْرَأَةٌ وَلاَ عَبْدٌ ، وَإِنْ وُجِدَ مَيِّتٌ لاَ أَثَرَ بِهِ فَلاَ قَسَامَةَ وَلاَ دِيَةَ ، وَكَذٰلِكَ إِنْ كَانَ الدَّمُ يَسِيلُ مِنْ أَنْفِهِ أَوْ مِنْ دُبُرِهِ أَوْ مِنْ فَمِهِ ، فَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ مِنْ عَيْنَيْهِ أَوْ مِنْ أُذُنِهِ فَهُوَ قَتِيلٌ .

فى الأموال ، لأن الحلف فيها بَدَلٌ عن أصل حقه ، ولهذا يسقط ببذل المدعى به ، وهذا لا يسقط ببذل الدية ، كما هو فى الدرر (وإن لم يكمل أهل المحلة) خمسين رجلا (كررت الأيمان عليهم حتى يتم خمسون) يمينا ؛ لأنها الواجبة بالسنة ، فيجب إتمامها ما أمكن ، ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ، فإن كان العدد كاملا فأراد الولىُّ أن يكرر على أحدهم فليس له ذلك لأن المصير إلى التكرار ضرورة عدم الإكمال ، هداية

(ولا يدخل فى القسامة صبى ولا مجنون) ؛ لأنهما ليسا من أهل القول الصحيح ، (ولا امرأة ولا عبد) لأنهما ليسا من أهل النصرة، واليمين على أهلها .

(وإن وجد) فى المحلة (ميت لا أثر به) من جراحة أو أثر ضرب أو خنق، (فلا قسامة) فيه (ولا دية) لأنه ليس بقتيل ، إذ القتيل فى العرف من فاتت حياته بسبب مباشرة الحى ، وهذا ميت حتف أنفه حيث لا أثر يستدل به على كونه قتيلا .

(وكذلك) الحكم (إذا كان الدم يسيل من أنفه أو من دبره) أو قبله (أو من فمه) لأن الدم يخرج منها عادة بلا فعل أحد (وإن كان) الدم (يخرج من عينه أو من أذنه فهو قتيل) ، لأنه لا يخرج منها إلا بفعل من جهة الحى عادة

وَإِذَا وُجِدَ الْقَتِيلُ عَلَى دَابَّةٍ يَسُوقُهَا رَجُلٌ فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ دُونَ أَهْلِ الْمَحِلَّةِ ، وَإِنْ وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي دَارِ إِنْسَانٍ فَالْقَسَامَةُ عَلَيْهِ وَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ ، وَلاَ يَدْخُلُ السُّكَّانُ فِي الْقَسَامَةِ مَعَ الْمُلاَّكِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَهِيَ عَلَى أَهْلِ الْخِطَّةِ دُونَ الْمُشْتَرِينَ ،

(وإذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل ف) القسامة عليه ، و (الدية على عاقلته دون أهل المحلة) لأنه فى يده ، فصار كما إذا كان فى داره ، وكذا إذا كان قائدها أو راكبها ؛ فإن اجتمعوا فعليهم؛ لأن القتيل فى أيديهم، فصار كما إذا وجد فى دارهم هداية . وفى القهستانى : ثم من المشايخ من قال : إن هذا أعم من أن يكون للدابة مالك معروف أو لم يكن؛ ومنه إطلاق الكتاب، ومنهم من قال : إن كان لها مالك فعليه القسامة والدية ، ثم قال : وإنما قال : « يسوقها رجل » إشارة إلى أنه لو لم يكن معها أحد كانتا على أهل المحلة كما فى الذخيرة ، اهـ (وإن وجد القتيل فى دار إنسان فالقسامة عليه) ، لأن الدار فى يده (والدية على عاقلته) لأن نصرته منهم وقوته بهم .

(ولا يدخل السكان فى القسامة مع الملاك عند أبى حنيفة) وهو قول محمد، وذلك لأن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان ، لأن سكنى الملاك ألزم وقرارهم أدوم، فكانت ولاية التدبير إليهم، فيتحقق التقصير منهم، وقال أبو يوسف : هى عليهم جميعاً ، لأن ولاية التدبير تكون بالسكنى كما تكون بالملك (وهى) أى القسامة (على أهل الخطة) وهى : ما اختط للبناء ، والمراد ما خطّه الإمام حين فتح البلدة وقسمها بين الغانمين (دون المشترين) منهم ؛ لأن صاحب الخطة هو الأصيل ، والمشترى دخيل ، وولاية التدبير خلصت للأصيل ، فلا يزاحمهم الدخيل

وَلَوْ بَقِىَ مِنْهُمْ وَاحِدٌ ، وَإِنْ وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي سَفِينَةٍ فَالْقَسَامَةُ عَلَى مَنْ فِيهَا مِنَ الرُّكَّابِ وَالْمَلَّاحِينَ ، وَإِنْ وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي مَسْجِدِ مَحِلَّةٍ فَالْقَسَامَةُ عَلَى أَهْلِهَا ، وَإِنْ وُجِدَ فِي الْجَامِعِ أَوِ الشَّارِعِ الْأَعْظَمِ فَلَا قَسَامَةَ فِيهِ ، وَالدِّيَةُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ ، وَإِنْ وُجِدَ فِي بَرِّيَّةٍ لَيْسَ بِقُرْبِهَا عِمَارَةٌ فَهُوَ هَدَرٌ وَإِنْ وُجِدَ بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ كَانَ عَلَى أَقْرَبِهِمَا ،

(ولو بقى منهم) أى من أهل الخطة (واحد) لما قلنا ، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد أيضاً ، وقال أبو يوسف : الكل مشتركون ، لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ ، ولولاية باعتبار الملك، وقد استووا فيه ، قال فى التصحيح : وعلى قول أبى حنيفة ومحمد مشى الأئمة منهم البرهانى والنسفى وغيرهما ، اه ، وإن باعوا كلهم كانت على المشترين اتفاقاً ، لأن الولاية انتقلت إليهم ، لزوال من يتقدمهم كما فى الهداية .

(وإن وجد القتيل فى سفينة فالقسامة على من) كان (فيها من الركاب والملاحين): لأنها فى أيديهم ، وكذا العَجَلَة ، وذلك لأن كلامنهما يُنْقَل ويحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كالدابة ، بخلاف المحلة والدار .

(وإن وجد القتيل فى مسجد محلة فالقسامة على أهلها) ؛ لأن تدبيره عليهم ، لأنهم أخص به (وإن وجد فى) المسجد (الجامع أو الشارع) : أى الطريق (الأعظم فلا قسامة فيه) ، لأنه لا يختص به أحد دون غيره (والدية على بيت المال) ، لأنه مُعَدّ لنوائب المسلمين (وإن وجد فى برية ليس بقربها عمارة) بحيث يسمع منها الصوت (فهو هدر) ، لأنه إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره ، فلا يوصف بالتقصير، وهذا إذا لم تكن مملوكة لأحد، فإن كانت مملوكة لأحد فالقسامة عليه

(وإن وجد بين قريتين كان) كل من القسامة والدية (على أقربهما) إليه ،

وَإِنْ وُجِدَ فِي وَسَطِ الْفُرَاتِ يَمُرُّ بِهِ الْمَاءُ فَهُوَ هَدَرٌ ، فَإِنْ كَانَ مُحْتَبِساً بِالشَّاطِئِ فَهُوَ عَلَى أَقْرَبِ الْقُرَى مِنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ ، وَإِنِ ادَّعَى الْوَلِيُّ عَلَى وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْمَحِلَّةِ بِعَيْنِهِ لَمْ تَسْقُطِ الْقَسَامَةُ عَنْهُمْ ، وَإِنِ ادَّعَي عَلَى وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِهِمْ سَقَطَتْ عَنْهُمُ الْقَسَامَةُ ،

قال الهداية ، قيل : هذا محمول على ما إذا كانت بحيث يبلغ أهله الصوت ؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة وقد قصروا ، اهـ .

(وإن وجد فى وسط) نهر (الفرات) ونحوه من الأنهار العظام التى ليست بمملوكة لأحد (يمر به الماء فهو هدر) ؛ لأنه ليس فى يد أحد ولا فى ملكه (فإن كان) القتيل (محتبسا بالشاطىء) : أى جانب النهر (فهو على أقرب القرى من ذلك المكان) إذا كانوا يسمعون الصوت ، لأنهم أخص بنصرة هذا الموضع ، فهو كالموضوع على الشط ، والشط فى يد من هو أقرب إليه، لأنه موردهم ومورد دوابهم . قيدنا بالنهر العظيم الذى لا ملك فيه ، لأن النهر المملوك الذى تستحق به الشفعة تكون فيه القسامة ، والدية على أهله ، لأنه فى أيديهم ، لقيام ملكهم كما فى الهداية .

(وإن ادعى الولى على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم) ، لأنه لم يتجاوزهم فى الدعوى ، وتعيينه واحدا منهم لا ينافى (وإن ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم) ، لدعواه أن القاتل ليس منهم ، وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم ، لكونهم قَتَلَةً تقديراً حيث لم يأخذوا على يد الظالم ، ولأنهم لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم ، بل بدعوى الولى ، فإذا ادعى على غيرهم امتنع دعواه عليهم ، قال جمال الإسلام : وعن أبى حنيفة ومحمد أن القسامة تسقط فى الوجه الأول أيضاً ، والصحيح الأول ، تصحيح .

وَإذا قَالَ الْمُسْتَحْلَفُ « قَتَلَهُ فُلَانٌ » اسْتُحْلِفَ بِاللهِ مَا قَتَلْتُ وَلاَ عَرَفْتُ لَهُ قَاتِلاً غَيْرَ فُلان .

وَإذا شَهِدَ اثْنَانِ مِنْ أَهْلِ الْمَحِلَّةِ عَلَى رَجُلٍ مِنْ غَيْرِهِمْ أَنَّهُ قَتَلَهُ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا .

كتاب المعاقل

الدِّيَةُ فِي شِبْهِ الْعَمَدِ وَالخطإ ، وَكُلُّ دِيَةٍ وَجَبَتْ بِنَفْسِ الْقَتْلِ عَلَى

(و إذا قال المستحلف) بالبناء للمجهول [١] (قتله فلان) لم يقبل قوله ، لأنه يريد إسقاط الخصومة عن نفسه . و (استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان) ؛ لأنه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين ، فبقى حكم من سواه فيحلف عليه .

(و إذا شهد اثنان من أهل المحلة) التى وجد فيها القتيل (على رجل) منهم أو (من غيرهم أنه قتله لم تقبل شهادتهما) لوجود التهمة فى دفع القسامة والدية عنهما ، وهذا عند أبى حنيفة ، وقالا : تقبل ؛ لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء ، وقد بطلت بدعوى الولى القتل على غيرهم ، فتقبل شهادتهم ؛ كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة ، قال جمال الإسلام فى شرحه : والصحيح قول الإمام ، وعليه اعتمد المحبوبى والنسفى وغيرهما ، تصحيح .

كتاب المعاقل

جمع مَعْقُلة ـ بفتح الميم ، وضم القاف ـ بمعنى العقل : أى الدية ، سميت به لأنها تعقل الدماء من أن تسفك ، ومنه العقل ، لأنه يمنع القبائح ، درر .

(الدية فى شبه العمد والخطإ ، وكل دية وجبت بنفس القتل) واجبة (على

---

(١) يريد أنه اسم مفعول

الْعَاقِلَةِ، والْعاقِلَةُ : أهلُ الدِّيوَانِ إنْ كانَ القَاتِلُ مِنْ أهْلِ الدِّيوَان ، يُؤْخَذ مِنْ عَطَايَاهُمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ

العاقلة) لأن الخاطئ معذور ، وكذا الذى تولى شبه العمد نظراً إلى الآلة ، وفى إيجاب مال عظيم إجحافه واستئصاله ، فيضم إليه العاقلة تخفيفاً عليه ، وإنما خصوا بالضم لأنهم أنصاره وقوته ؛ واحترز بالواجبة بنفس القتل عما وجبت بالشبهة كالواجبة بقتل الأب ابنه أو الإقرار والصلح ، فإن هناك الواجب القصاص، لكنه سقط لحرمة الأبوة فوجبت الدية صيانة للدم عن الهدر ، لا بنفس القتل ، وفى الإقرار والصلح وجبت بهما لا بالقتل كما فى المستصفى (والعاقلة أهل الديوان وهم الجيش الذين كتبت أساميهم فى الديوان ، وهو جريدة الحساب ؛ وهو معرب، والأصل دِوّان فأبدل من أحد المضعفين ياء للتخفيف، ولهذا يرد فى الجمع إلى أصله، فيقال : دواوين ، ويقال : إن عمر رضى الله عنه أول من دون الدواوين فى العرب: أى رتب الجرائد للعمال كما فى المصباح (إن كان القاتل من أهل الديوان) لقضية عمر رضى الله عنه ، فإنه لما دون الدواوين جعل العقل على أهل الديوان بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير منهم، فكان إجماعا، وليس ذلك بنسخ، بل هو تقرير معنى، لأن العقل كان على أهل النُّصْرة ، وقد كانت بأنواع: بالقرابة، والحلف ، والولاء ، والعقد ، وفى عهد عمر رضى الله عنه قد صارت بالديوان، فجعلها على أهله اتباعا للمعنى ، ولهذا قالوا : لو كان اليوم قوم تناصُرُهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة كما فى الهداية (يؤخذ) ذلك (من عطاياهم) جمع عطاء ، وهو اسم لما يخرج للجندى من بيت المال فى السنة مرة أو مرتين ، والرزق : ما يخرج لهم فى كل شهر ، وقيل : يوما بيوم ، جوهرة ؛ لأن إيجابها فيما هو صلة — وهو العطاء — أولى من إيجابها فى أصول أموالهم ، لأنها أخف ، وما تحملت العاقلة إلا للتخفيف ، وتؤخذ (فى ثلاث سنين) من وقت القضاء بها ، والتقدير بذلك مرويٌّ عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ويحكى عن عمر

فَإِنْ خَرَجَتِ الْعطَايَا فِي أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثِ سِنِينَ أَوْ أَقَلَّ أُخِذَتْ مِنْهَا ، وَمَنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الدِّيوانِ فَعَاقِلَتُهُ قَبِيلَتُهُ ، تُقَسَّطُ عَلَيْهِمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ ، لَا يُزَادُ الوَاحِدُ عَلَى أَرْبَعَةِ دَرَاهِمَ فِي كُلِّ سَنَةٍ وَيُنْقَصُ مِنْهَا ، فَإِنْ لَمْ تَتَّسِعِ الْقَبِيلَةُ لِذَلِكَ ضُمَّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ الْقَبَائِلِ مِنْ غَيْرِهِمْ ؛ وَيَدْخُلُ الْقَاتِلُ مَعَ الْعَاقِلَةِ ، فَيَكُونُ فِيمَا يُؤَدِّى مِثْلَ أَحَدِهِمْ ، وَعَاقِلَةُ الْمُعْتَقِ قَبِيلَةُ مَوْلَاهُ ، وَمَوْلَى الْمُوَالَاةِ يَعْقِلُ عَنْهُ مَوْلَاهُ وَقَبِيلَتُهُ ،

رضى الله عنه ، هداية (فإن خرجت العطايا فى أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذت منها) ، لحصول المقصود ؛ وهو التفريق على العطايا (ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته) ؛ لأن نُصْرته بهم (تقَسَّط عليهم) أيضاً (فى ثلاث سنين) فى كل سنة ثلثها (لا يزاد الواحد) منهم (على أربعة دراهم فى كل سنة) إذا قلت العاقلة (وينقص منها) إذا كثرت ، قال فى الهداية : وهذا إشارة إلى أنه يزاد على أربعة من جميع الدية ، وقد نصّ محمد على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية فى ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة ، فلا يؤخذ من كل واحد فى كل سنة إلا درهم وثلث ، وهو الأصح . اهـ . ومثله فى شرح الزاهدى (فإن لم تتسع القبيلة لذلك) التوزيع (ضم إليهم أقرب القبائل) إليهم نسباً (من غيرهم) ويضم الأقرب فالأقرب على ترتيب العصبات (ويدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى مثل أحدهم) لأنه هو الفاعل ؛ فلا معنى لإخراجه ومؤاخذة غيره .

(وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) ، لأن النصرة بهم ، ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : « إن مولى القوم منهم » (ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه) الذى والاه (وقبيلته) : أى قبيلة مولاه ، لأنه ولاء يتناصر به فأشبه ولاء العتاقة .

وَلاَ تَتَحَمَّلُ العَاقِلَةُ أَقَلَّ مِنْ نِصْفِ عشر الدِّيَةِ، وَتَتَحَمَّلُ نِصْفَ العُشْرِ فَصَاعِداً، وَمَا نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ فَهُوَ فِي مَالِ الجَانِي ، وَلاَ تَعْقِلُ العَاقِلَةُ جِنَايَةَ العَبْدِ، وَلاَ تَعْقِلُ الجِنَايَةَ الَّتِي اعْتَرَفَ بِهَا الجَانِي إِلاَّ أَنْ يُصَدِّقُوهُ ، وَلاَ تَعْقِلُ مَا لَزِمَ بِالصُّلْحِ .

وَإِذَا جَنَى الحُرُّ عَلَى العَبْدِ جِنَايَةً خَطأً كَانَتْ عَلَى عَاقِلَتِهِ .

(ولا تتحمل العاقلة أقل من نصف عشر الدية) ، لأن تحمل العاقلة للتحرز عن الإجحاف بالجانى بتحمل المال العظيم ، فإذا كان خفيفاً فلا إجحاف عليه بتحمله (وتتحمل نصف العشر فصاعداً) قال فى الهداية : والأصل فيه حديث ابن عباس رضى الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم : «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا مادون أرش الموضحة » وأرش الموضحة نصف عشر مال النفس ، ولأن التحمل للتحرز عن الإجحاف ، ولا إجحاف فى القليل ، وإنما هو فى الكثير ؛ والتقدير الفاصل عرف بالسمع . اهـ (وما نقص من ذلك) : أى من نصف العشر (فهو فى مال الجانى) دون العاقلة ، لما بينا (ولا تعقل العاقلة جناية العبد) على الحر أ، ع، ، وإنما هى رقبته ، والمولى مخير بين دفعه بالجناية أو فدائه بأرشها كما مر (ولا تعقل الجناية التى اعترف بها الجانى) على نفسه ، لأن إقراره قاصر على نفسه ، فلا يتعدى إلى العاقلة (إلا أن يصدقوه) لثبوته بتصادقهم ، والامتناع كان لحقهم ، ولهم ولاية على أنفسهم (ولا تعقل) أيضاً (ما لزم بالصلح) عن دم العمد ، لأن الواجب فيه القصاص ، فإذا صالح عنه كان بدله فى ماله .

(وإذا جنى الحر على العبد جناية خطأ كانت) الدية (على عاقلته) : أى عاقلة الجانى ، لأنه فداء النفس ، وأما ما دون النفس من العبد فلا تتحمله العاقلة، لأنه يسلك به مسلك الأموال ، هداية .

كتاب الحدود

الزِّنَا يَثْبُتُ بِالْبَيِّنَةِ وَالإِقْرَارِ .

فَالبَيِّنَةُ : أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَةٌ مِنَ الشُّهُودِ عَلَى رَجُلٍ أَوِ امْرَأَةٍ بِالزِّنَا ،

وإذا لم يكن للقاتل عاقلة فالدية في بيت المال في ظاهر الرواية، وعليه الفتوى، درر وبزازية، وعن أبي حنيفة رواية شاذة أن الدية في ماله ، ووجهه أن الأصل أن تجب الدية على القاتل ؛ لأنه بدل متلف، والإتلاف منه ، إلا أن العاقلة تتحملها تحقيقاً للتخفيف على ما مر ، فإذا لم تكن له عاقلة عاد الحكم إلى الأصل ، هداية

كتاب الحدود

وجه المناسبة بين الحدود والجنايات وتوابعهما من القصاص وغيره ظاهر من حيث اشتمال كل منهما على المحظور والزاجر عنه .

والحدود : جمع حد ، وهو لغة : المنع ، ومنه الحداد للبواب ، وفي الشريعة هو : العقوبة المُقدَّرة حقاً لله تعالى، حتى لا يسمى القصاص حداً ، لما أنه حق العبد ، ولا التعزير لعدم التقدير . والمقصد الأصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد ، والطهرة ليست فيه أصلية ، بدليل شرعه في حق الكافر كما في الهداية .

(الزنا يثبت بالبينة والإقرار) لأن البينة دليل ظاهر ، وكذا الإقرار، ولاسيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة، والوصول إلى العلم الحقيقي متعذر ، فيكتفى بالظاهر ، (فالبينة: أن تشهد أربعة من الشهود) رجال الأحرار العدول في مجلس واحد (على رجل أو امرأة بالزنا) متعلق بتشهد، لأنه الدال على الفعل الحرام ، دون الوطء والجماع

فَيَسْأَلُهُمُ الْإِمَامُ عَنِ الزِّنَا مَا هُوَ ؟ وَكَيْفَ هُوَ ؟ وَأَيْنَ زَنَى ؟ وَبِمَنْ زَنَى ؟ وَمَتَى زَنَى ؟ فَإِذَا بَيَّنُوا ذَلِكَ وَقَالُوا : رَأَيْنَاهُ وَطِئَهَا فِي فَرْجِهَا كَالْمِيلِ فِي الْمُكْحُلَةِ ، وَسَأَلَ الْقَاضِي عَنْهُمْ ، فَعُدِّلُوا فِي السِّرِّ وَالْعَلَانِيَةِ ، حَكَمَ بِشَهَادَتِهِمْ .

وَالْإِقْرَارُ : أَنْ يُقِرَّ الْبَالِغُ الْعَاقِلُ عَلَى نَفْسِهِ بِالزِّنَا ، أَرْبَعَ مَرَّاتٍ ، فِي أَرْبَعَةِ مَجَالِسَ مِنْ مَجَالِسِ الْمُقِرِّ ، كُلَّمَا أَقَرَّ رَدَّهُ الْقَاضِي ،

أو غيره ، وإلا لم يحد الشاهد ولا المشهود عليه كما فى النهاية (فيسألهم الإمام) بعد الشهادة (عن الزنا ما هو) فإنه قد يطلق على كل وطء حرام ، وأطلقه الشارع على غير هذا الفعل نحو « العينان تزنيان » (وكيف هو) فإنه قد يطلق على مجرد تماس الفرجين وعلى ما يكون بالإكراه (وأين زنى) لاحتمال أنه فى دار الحرب (وبمن زنى) ؛ لاحتمال أنها ممن تحل له ؛ أو له فيها شبهة لا يعرفها الشهود (ومتى زنى) لاحتمال أن يكون متقادما ، وكل ذلك يسقط الحد ؛ فيستقصى ذلك احتيالا للدرء (فإذا بينوا ذلك) كله (وقالوا رأيناه وطئها) بذكره (فى فرجها) بحيث صار فيه (كالميل فى المكحلة) بضمتين ، أو القلم فى المحبرة (وسأل القاضى عنهم) : أى عن حالهم (فعدلوا فى السر والعلانية) ، فلا يكتفى بظاهر العدالة هنا اتفاقا ، بخلاف سائر الحقوق كما فى الهداية (حكم بشهادتهم) وجوبا لتوجه الحكم عليه ، وترك الشهادة أولى مالم تتهتك فالشهادة أولى كما مر فى النهر .

(والإقرار : أن يقر البالغ العاقل) ؛ لأن قول الصبى والمجنون غير معتبر (على نفسه بالزنا أربع مرات فى أربعة مجالس من مجالس المقر) لأن الإقرار قائم به ، فيعتبر اتحاد مجلسه دون القاضى ، قال فى الينابيع : وقال بعضهم : يعتبر مجلس القاضى ، والأول أصح (كلما أقر) مرة (رده القاضى) وزجره عن

فَإِذَا تَمَّ إِقْرَارُهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ سَأَلَهُ الْإِمَامُ عَنِ الزِّنَا : مَا هُوَ ؟ وَكَيْفَ هُوَ ؟ وَأَيْنَ زَنَى ؟ وَبِمَنْ زَنَى ؟ فَإِذَا بَيَّنَ ذَلِكَ لَزِمَهُ الْحَدُّ

فَإِنْ كَانَ الزَّانِي مُحْصَنًا رَجَمَهُ بِالْحِجَارَةِ حَتَّى يَمُوتَ، يُخْرِجُهُ إِلَى أَرْضٍ فَضَاءٍ ، يَبْتَدِئُ الشُّهُودُ بِرَجْمِهِ ، ثُمَّ الْإِمَامُ ، ثُمَّ النَّاسُ ، فَإِنِ امْتَنَعَ الشُّهُودُ مِنَ الِابْتِدَاءِ سَقَطَ الْحَدُّ

إقراره ، وأظهر كراهته لذلك ، وأمر بتنحيته عنه وطرده بحيث لا يراه ، فإن عاد ثالثاً فعل به كذلك (فإذا تم إقراره أربع مرات) على ما بينا (سأله القاضى عن الزنا : ما هو ؟ وكيف هو ؟ وأين زنى ؟ وبمن زنى؟) كما فى الشهود ، للاحتمالات المـارة ، قال فى الهداية : ولم يذكر السؤال عن الزمان وذكره فى الشهادة ؛ لأن تقادم العهد يمنع الشهادة دون الإقرار ، وقيل : لو سأله جاز ، لجواز أنه زنى فى صباه ، ا هـ (فإذا بين ذلك) كله (لزمه الحد) لتمام الحجة .

(فإن كان الزانى محصناً رجمه) : أى أمر الإمام برجمه (بالحجارة حتى يموت) كما فعله صلى الله عليه وسلم (يخرجه إلى أرض فضاء) لأنه أمكن لرجمه ؛ ولئلا يصيب بعضهم بعضاً ، ولذا قالوا: يصفون لرجمه كصفوف الصلاة، وكلما رجم صف تنحوا وتقدم آخر ، ولا يحفر للرجل ولا يربط ، وأما المرأة فإن شاء الإمام حفر لها لأنه أستر مخافة التكشف ، وإن شاء أقامها من غير حفر كالرجل ؛ لأنه يتوقع منها الرجوع بالهرب كما فى الجوهرة (يبتدىء الشهود برجمه) إن كان ثبوته بالبينة ، امتحاناً لهم ، لأن الشاهد قد يتجاسر على الأداء ، ثم يستعظم المباشرة فيرجع ، فكان فى بدايته احتيال للدرء ، (ثم الإمام) إن حضر تعظيما له ، وحضوره ليس بلازم كما فى الإيضاح (ثم الناس) الذين عاينوا أداء الشهادة أو أذن لهم القاضى بالرجم ، وعن محمد : لا يسعهم أن يرجموه إذا لم يعاينوا أداء الشهادة ، قهستانى (فإن امتنع الشهود من الابتداء) برجمه (سقط الحد) لأنه دلالة

وَإِنْ كَانَ مُقِرًّا ابْتَدَأَ الْإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ ، وَيُغَسَّلُ وَيُكَفَّنُ وَيُصَلَّى عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُحْصَنًا وَكَانَ حُرًّا فَحَدُّهُ مِائَةُ جَلْدَةٍ، يَأْمُرُ الْإِمَامُ بِضَرْبِهِ بِسَوْطٍ لَا ثَمَرَةَ لَهُ ضَرْبًا مُتَوَسِّطًا تُنْزَعُ عَنْهُ ثِيَابُهُ وَيُفَرَّقُ الضَّرْبُ عَلَى أَعْضَائِهِ إِلَّا رَأْسَهُ وَوَجْهَهُ وَفَرْجَهُ

الرجوع ، وكذا إذا غابوا أو ماتوا فى ظاهر الرواية ؛ لفوات الشرط ، هداية .

(وإن كان) الذى أريد رجمه (مقراً) على نفسه (ابتدأ الإمام ثم الناس) قال فى الدر : ومقتضاه أنه لو امتنع لم يحل للقوم رجمه ، وإن أمرهم ، لفوت شرطه، فتح ، لكن سيجىء أنه لو قال قاض عدل « قضيت على هذا بالرجم » وسعك رجمه وإن لم تعاين الحجة ؛ اهـ . (ويغسل) المرجوم (ويكفن ويصلى عليه) لأنه قتل بحق ، فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصاً ، وصح أنه صلى الله عليه وسلم صلى على الغامدية كما فى الدر .

(وإن لم يكن) الزانى (محصناً ، وكان حراً فحده مائة جلدة) ، لقوله تعالى : « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » إلا أنه انتسخ فى حق المحصن ، فبقى فى حق غيره معمولا به ، هداية (يأمر الإمام بضربه بسوط لا ثمرة له) أى لا عُقَدَ فى طرفه كما فى الصحاح (ضرباً متوسطاً) بين المبرح وغير المؤلم ، لإفضاء الأول إلى الهلاك ، وخلو الثانى عن المقصود وهو الانزجار ، و (تنزع عنه ثيابه) دون الإزار لستر عورته (ويفرق الضرب على أعضائه) ، لأن الجمع فى عضو واحد قد يُفضى إلى التلف (إلا رأسه) لأنه مجمع الحواس (ووجهه) لأنه مجمع المحاسن فلا يشوه (وفرجه) لأنه مقتل ، قال فى الهداية : ويضرب فى الحدود كلها قائماً غير ممدود ، لأن مبنى إقامة الحد على التشهير ، والقيام أبلغ فيه ، ثم قوله « غير ممدود » فقد قيل : المد أن يلقى على الأرض ويمد كما يفعل فى زماننا ، وقيل : أن يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه ،

وَإِنْ كَانَ عَبْدًا جَلَدَهُ خَمْسِينَ كَذَلِكَ .

فَإِنْ رَجَعَ الْمُقِرُّ عَنْ إِقْرَارِهِ قَبْلَ إِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهِ ، أَوْ فِي وَسَطِهِ ، قُبِلَ رُجُوعُهُ وَخُلِّيَ سَبِيلُهُ .

وَيُسْتَحَبُّ لِلْإِمَامِ أَنْ يُلَقِّنَ الْمُقِرَّ الرُّجُوعَ ، وَيَقُولُ لَهُ : لَعَلَّكَ لَمَسْتَ أَوْ قَبَّلْتَ .

وَالرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ ، غَيْرَ أَنَّ الْمَرْأَةَ لَا تُنْزَعُ عَنْهَا ثِيَابُهَا إِلَّا الْفَرْوَ وَالْحَشْوَ .

وقيل : أن يمده بعد الضرب ، وذلك كله لا يفعل ؛ لأنه زيادة على المستحق . اه

(وإن كان عبداً جلده خمسين) جلدة (كذلك) أي كما مر في جلد الحر ؛ لأن الرق منصف للنعمة ومنقص للعقوبة .

(فإن رجع المقر عن إقراره قبل إقامة الحد عليه أو في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله) ؛ لأن الرجوع خبر محتمل للصدق كالإقرار ، وليس أحد يكذبه ، فتتحقق الشبهة في الإقرار ، بخلاف ما فيه حق العبد كالقصاص وحد القذف ، لوجود من يكذبه ، ولا كذلك خالص حق الشرع ، هداية .

(ويستحب الامام أن يلقن المقر الرجوع) عن إقراره (ويقول له : لعلك لمست أو قبلت) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم لماعز : « لعلك لمستها ، أو قبلتها » قال في الأصل : وينبغي أن يقول له الإمام : لعلك تزوجتها ، أو وطئتها بشبهة ، وهذا قريب من الأول ، هداية .

(والرجل والمرأة في ذلك سواء) ، لأن النصوص تشملهما (غير أن المرأة لا تنزع عنها ثيابها) تحرزاً عن كشف العورة لأنها عورة (إلا الفرو والحشو)

وَإِنْ حُفِرَ لَهَا فِي الرَّجْمِ جَازَ .

وَلاَ يُقِيمُ الْمَوْلَى الْحَدَّ عَلَى عَبْدِهِ إِلاَّ بِإِذْنِ الْإِمَامِ .

وَإِذَا رَجَعَ أَحَدُ الشُّهُودِ بَعْدَ الْحُكْمِ وَقَبْلَ الرَّجْمِ ضُرِبُوا الْحَدَّ وَسَقَطَ الرَّجْمُ، فَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ الرَّجْمِ حُدَّ الرَّاجِعُ وَحْدَهُ وَضَمِنَ رُبْعَ الدِّيَةِ ، وَإِنْ نَقَصَ عَدَدُ الشُّهُودِ عَنْ أَرْبَعَةٍ حُدُّوا .

لأنهما يمنعان وصول الألم إلى المضروب ، والستر حاصل بدونهما ، وتضرب الحدّ جالسة لأنه أستر لها (وإن حفر لها فى الرجم جاز) وهو أحسن ، لأنه أستر لها ، وإن تركه لا يضر ، لأنها مستورة بثيابها كما فى الهداية .

(ولا يقيم المولى الحد على عبده إلا بإذن الإمام) ، لأن الحد حق الله تعالى، لأن المقصد منه إخلاء العالم عن الفساد ، ولهذا لا يسقط بإسقاط العبد ، فيستوفيه من هو نائب عن الشرع ، وهو الإمام أو نائبه كما فى الهداية .

(وإذا رجع أحد الشهود بعد الحكم وقبل الرجم ضربوا) أى الشهود كلهم الراجع والباقى (الحد) أى حد القذف ، لصيرورتهم قَذَفَة بنقصان العدد قبل إقامة الحد كما قبل الحكم (وسقط الرجم) عن المحكوم عليه ، لنقصان العدد قبل إقامة الحد ، وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد : يحد الراجع فقط ، وعلى قولهما اعتمد الأئمة ، تصحيح (فإن رجع) أحدهم (بعد الرجم حد الراجع وحده) ، لأن الشهادة تأكدت بإقامة الحد ، والراجع صار قاذفا فى الحال بالشهادة السابقة (وضمن ربع الدية) ، لأن ربع النفس تلف بشهادته .

(وإن نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا) لأنهم قذفة .

وَشَرْطُ إِحْصَانِ الرَّجْمِ : أن يكُونَ حُرًا ، بَالِغًا ، عَاقِلاً ، مُسْلِماً ، قَدْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً نِكَاحاً صَحِيحاً ، وَدَخَلَ بِهَا وَهُمَا عَلَى صِفَةِ الإِحْصَانِ .

وَلا يُجْمَعُ فِي الْمُحْصَنِ بَيْنَ الْجَلْدِ وَالرَّجْمِ ، وَلاَ يُجْمَعُ فِي الْبِكْرِ بَيْنَ الْجَلْدِ والنَّفْي ، إلاّ أنْ يَرَى الإمَامُ ذَلِكَ مَصْلَحَةً فَيُغَرِّبُهُ

(و) شرط (الإحصان : أن يكون حرا ، بالغاً ، عاقلا ، مسلماً ، قد تزوج امرأة نكاحا صحيحاً ودخل بها وهما) أي الزوجان (على صفة الإحصان) قال في الهداية : فالعقل والبلوغ شرط لأهلية العقوبة ؛ إذ لا خطاب دونهما ، وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة ، إذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها ، وهذه الأشياء من جلائل النعم ، وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به ، ثم قال : والمعتبر في الدخول الإيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل ، وشرط صفة الإحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة أو المملوكة أو المجنونة أو الصبية لا يكون محصنا ، وكذا إذا كان الزوج موصوفا بإحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة ، وتمامه فيها .

(ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم) ، لأن الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم ، لأن زَجْرَ غيره يحصل بالرجم ، إذ هو في العقوبة أقصاها ، وزجره لا يحصل بعد هلاكه (ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي) ، لأنه زيادة على النص ، والحديث منسوخ كشطره ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة »[1] كما في الهداية (إلا أن يرى الإمام ذلك مصلحة فيغربه

---

(١) هذا الذي ذكره الشارح هو جزء من حديث رواه مسلم وأبو داود والترمذي عن عبادة بن الصامت ، وهو بتمامه : « خذوا عني ؛ فقد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر =

عَلَى قَدْرِ مَا يَرَاهُ .

على قدر ما يراه) من المصلحة ، وذلك تعزير وسياسة ، لأنه قد يفيد فى بعض الأحوال ، فيكون الرأى فيه للامام ، وعليه يحمل النفى المروى عن بعض الصحابة رضى الله عنهم ، هداية .

= جلد مائة وتغريب عام . والثيب بالثيب جلد مائة ورمى بالحجارة » والمراد بالبكر غير المحصن لأن من شرط الإحصان التزوج كما عرفت ، والمراد بالثيب المحصن ، وقد تضمن الحديث مسألتين : أولاهما أن حد الرجل المحصن والمرأة المحصنة أن يجلد كل واحد منهما مائة جلدة ثم يرجم ، وقد أجمع الأئمة الأربعة أبو حنيفة ومالك والشافعى وأحمد فى أشهر الروايات عنه أن حكم هذا الحديث فى هذه المسألة منسوخ بما تظافرت رواياته من الأحاديث الناطقة بأنه صلى الله عليه وسلم لم يجمع على المحصن والمحصنة بين الجلد والرجم ؛ فقد روى أهل الحديث أنه رجم ماعزا والغامدية ولم يجلدهما ، ورووا أنه عليه الصلاة والسلام أمر فى العسيف — بعد أن سأله عن الإحصان ولقنه الرجوع — برجمه فقال : اذهبوا به فارجموه » ولم يزد فى صاحبته على ذلك حيث قال « اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » ولو كان الجلد واجبا لقال « فإن اعترفت فاجلدها ثم ارجمها » وذهب أهل الظاهر إلى أنه يجمع بين الجلد والرجم فى الثيب وهى رواية عن أحمد بن حنبل ، وهم محجوجون بما ذكرنا . وأما المسألة الثانية التى تضمنها الحديث فهى أن حد الرجل غير المحصن والمرأة غير المحصنة أن يجلد كل واحد منهما مائة جلدة ويغرب عاما ، وقد اختلف العلماء فى هذه المسألة ، فذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنه يجمع بين الجلد والتغريب حدا ، وذهب الشافعى وأحمد والثورى والأوزاعى إلى أنه يجمع بينهما حدا ، تمسكا بهذا الحديث . ولأن فى بقاء الزانى والزانية ببلدهما إشاعة للفاحشة وفى تغريبهما حسما لمادة الزنا ، لأن كلا منهما يغرب إلى بلد لا يعرفه فيها أحد أو يقل من يعرفه فيها وأما أبو حنيفة وأصحابه فقد استدلوا على ماذهبوا إليه بالآية الكريمة : وهى قول الله تعالى : (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وجه الاستدلال من الآية على ماذكرنا أنه سبحانه قد جعل كل الحد جلد كل واحد منها مائة جلدة ، فلا تجوز الزيادة عليه ، وأما الحديث الذى تمسك به الشافعى فهو منسوخ الحكم فى هذه المسألة كما أنه منسوخ الحكم فى المسألة الأولى بالإجماع من الطرفين ، وأما استدلالهم بما ذكرنا عنهم من العلة فهو معارض بأن التغريب قد يكون فتحا لباب الزنا ، وذلك لأن المرأة إذا تغربت ولا مادة لها فقد تتخذ الزنا مكسبة ، وهذا أشنع وجوه الزنا ، ويؤكد ذلك قول على ابن أبى طالب : كفى بالنفى فتنة .

وَ إِذَا زَنَى الْمَرِيضُ وَحَدُّهُ الرَّجْمُ رُجِمَ، وَ إِنْ كَانَ حَدُّهُ الْجَلْدَ لَمْ يُجْلَدْ حَتَّى يَبْرَأَ ، وَ إِذَا زَنَتِ الْحَامِلُ لَمْ تُحَدَّ حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا ، فَإِنْ كَانَ حَدُّهَا الْجَلْدَ فَحَتَّى تَتَعَالَى مِنْ نِفَاسِهَا ، وَ إِذَا كَانَ حَدُّهَا الرَّجْمَ رُجِمَتْ .

وَ إِذَا شَهِدَ الشُّهُودُ بِحَدٍّ مُتَقَادِمٍ لَمْ يَقْطَعْهُمْ عَنْ إِقَامَتِهِ بُعْدُهُمْ عَنِ الإِمَامِ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمْ ، إِلاَّ فِي حَدِّ الْقَذْفِ خَاصَّةً .

(و إذا زنى المريض وحدُّه) الواجب عليه (الرجم رجم) لأن الإتلاف مستحق ، فلا يمتنع بسبب المرض (و إن كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ) تحرزاً عن التلف (و إذا زنت الحامل) ووجب عليها الحد (لم تحد حتى تضع حملها) تحرزاً عن إهلاك الولد ؛ لأنه نفس محترمة (فإن كان حدها الجلد فحتى تتعالى) أى ترتفع وتخرج (من نفاسها) ؛ لأنه نوع مرض فيؤخر إلى البرء (و إن كان حدها الرجم رجمت) بمجرد وضع الحمل ، لأن التأخير لأجل الولد وقد انفصل ، وعن أبى حنيفة أنها تؤخر إلى أن يستغنى الولد عنها إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته ، لأن فى التأخير صيانة الولد عن الضياع كما فى الهداية .

(و إذا شهد الشهود بحد متقادم لم يقطعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام) أو مرضهم أو خوف طريقهم (لم تقبل شهادتهم) للتهمة ، لأن التأخير إن كان لاختيار الستر فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته أو لعداوة حركته فيتهم فيها و إن كان لغير الستر يصير فاسقاً آثماً فتيقنا بالمانع (إلا فى حد القذف خاصة) : أى فتقبل ؛ لأن فيه حق العبد ، لما فيه من دفع العار عنه ، والتقادم غير مانع فى حقوق العباد ، ولأن الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم ، قال فى الهداية : واختلفوا فى حد التقادم ، وأشار فى الجامع الصغير إلى ستة أشهر ، فإنه قال : بعد حين ، وهكذا أشار الطحاوى ، وأبو حنيفة لم يقدر فى ذلك ،

وَمَنْ وَطِىءَ أَجْنَبِيَّةً فِيمَا دونَ الْفَرْجِ عُزِّرَ .

وَلا حَدَّ عَلَى مَنْ وَطِىءَ جَارِيَةَ وَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ ، وَ إِن قَالَ « عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ » ، وَ إِذا وَطِىءَ جَارِيَةَ أَبِيهِ أَوْ أُمِّهِ أَوْ زَوْجَتِهِ ، أَوْ وَطِىءَ الْعَبْدُ جَارِيَةَ مَوْلاَهُ ، وَقَالَ « عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ » حُدَّ ، وَ إِنْ قَالَ « ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي » لَمْ يُحَدَّ .

وَمَنْ وَطِىءَ جَارِيَةَ أَخِيهِ ، أَوْ عَمِّهِ ، وَقَالَ « ظَنَنْتُ أَنَّهَا حَلاَلٌ » حُدَّ ،

وفوضه إلى رأى القاضى فى كل عصر ، وعن محمد أنه قدره بشهر ، لأن مادونه عاجل وهو رواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف ، وهو الأصح ، اه ، وقال قاضيخان: والشهر وما فوقه متقادم فيمنع قبول الشهادة ، وعليه الاعتماد ، اه .

(ومن وطىء أجنبية فيما دون الفرج) كتفخيذ وتبطين (عزر) ، لأنه منكر ليس فيه شىء مقدر ، وشمل قوله « فيما دون الفرج » الدبر ، وهو قول الإمام ، لأنه ليس بزنا كما يأتى قريباً .

(ولاحد على من وطىء جارية ولده وولد ولده) وإن سفل، ولو ولده حيا ، فتح (و إن قال علمت أنها على حرام) لأن الشبهة حكمية لأنها نشأت عن دليل هو قوله صلى الله عليه وسلم : « أنت ومالك لأبيك » والأبوة قائمة فى حق الجد. هداية (و إذا وطىء جارية أبيه أو أمه) وإن علايا (أو زوجته أو وطىء العبد جارية مولاه وقال علمت أنها تحل لى لم يحد) لأن بين هؤلاء انبساطا فى الانتفاع ، فظنه فى الاستمتاع محتمل، فكان شبهة اشتباه ، وكذا لو قالت الجارية «ظننت أنه يحل لى» والفحل لم يدّع الحل ، لأن الفعل واحد كما فى الجوهرة (ومن وطىء جارية أخيه أو عمه قال ظننت أنها حلال حد) لأنه لا انبساط فى المال فيما بينهما ، وكذا سائر المحارم سوى

وَمَنْ زُفَّتْ إِلَيْهِ غَيْرُ امْرَأَتِهِ وَقَالَتِ النِّسَاءُ « إِنَّهَا زَوْجَتُكَ » فَوَطِئَهَا ، فَلاَ حَدَّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ .

وَمَنْ وَجَدَ امْرَأَةً عَلَى فِرَاشِهِ فَوَطِئَهَا فَعَلَيْهِ الْحَدُّ ، وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً لاَ يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا فَوَطِئَهَا لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْحَدُّ ، وَمَنْ أَتَى امْرَأَةً فِي الْمَوْضِعِ الْمَكْرُوهِ أَوْ عَمِلَ عَمَلَ قَوْمِ لُوطٍ فَلاَ حَدَّ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَيُعَزَّرُ

الولاد لما بينا ، هداية (ومن زفت إليه غير امرأته وقالت النساء إنها زوجتك فوطئها فلا حد عليه) لأنه اعتمد دليلا — وهو الإخبار — فى موضع الاشتباه ، إذ الإنسان لا يميز بين امرأته و بين غيرها فى أول الوهلة ، فصار كالمغرور (وعليه المهر) ؛ لما تقرر أن الوطء فى دار الإسلام لا يخلو عن عَقْر أو عُقُر ، وقد سقط الحد بالشبهة فيجب المهر (ومن وجد امرأة) نائمة (على فراشه فوطئها فعليه الحد) لأنه لا اشتباه بعد طول الصحبة ، فلم يكن الظن مستنداً إلى دليل ، وهذا لأنه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التى فى بيتها ، وكذا إذا كان أعمى ، لأنه يمكنه التمييز بالسؤال أو غيره ، إلا إذا دعاها فأجابته وقالت « أنا زوجتك » لأن الإخبار دليل هداية . (ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لم يجب عليه الحد) ، لشبهة العقد ، قال الإسبيجابى : وهذا قول أبى حنيفة وزفر ، وقال أبو يوسف ومحمد إذا تزوج محرمة وعلم أنها حرام فليس ذلك بشبهة وعليه الحد إذا وطىء ، وإن كان لا يعلم فلا حد عليه ، والصحيح قول أبى حنيفة وزفر ، وعليه مشى النسفى والمحبوبى وغيرهما ، تصحيح .

(ومن أتى امرأة فى الموضع المكروه) : أى الدبر (أو عمل عمل قوم لوط) أى أتى ذكراً فى دبره (فلا حد عليه عند أبى حنيفة ، ويعزر) زاد فى الجامع الصغير:

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمدٌ : هُوَ كالزِّنَا ، وَمَنْ وَطِيء بَهِيمَةً فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ، وَمَنْ زَنَى فِي دَارِ الحَرْبِ أَوْ دَارِ الْبَغْيِ ثُمَّ خَرَجَ إِلَيْنَا لَمْ نُقِمْ عَلَيْهِ الْحَدَّ .

بَابُ حَدِّ الشُّرْبِ

وَمَنْ شَرِبَ الْخَمْرَ فأُخِذَ وَرِيحُهَا مَوْجُودٌ

ويودع في السجن اه ، لأنه ليس بزنا ، لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه من الإحراق بالنار ، وهَدْم الجدار ، والتنكيس من مكان مرتفع، وإتباع الأحجار وغير ذلك ، ولا هو في معنى الزنا ، لأنه ليس فيه إضاعة الولد واشتباه الأنساب ، إلا أنه يعزر ، لأنه أمر منكر ليس فيه شيء مقدر (وقال أبو يوسف ومحمد : هو كالزنا) لأنه في معنى الزنا ، قال جمال الإسلام في شرحه : الصحيح قول أبي حنيفة وعليه مشى المحبوبي والنسفي وغيرهما ، تصحيح .

(ومن وطيء بهيمة) له أو غيره (فلا حَدَّ عليه) ، لأنه ليس في معنى الزنا إلا أنه يعزر ، لأنه منكر كما مر ، قال في الهداية : والذي يروى أنها تذبح وتحرق فذلك لقطع التحدث ، وليس بواجب ، اه .

(ومن زنى في دار الحرب أو دار البغي ثم خرج إلينا لم نقم عليه الحد) ، لأن المقصود هو الانزجار ، وولاية الإمام منقطعة فيها فيعرى عن الفائدة ، ولا تقام بعد ما خرج لأنها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ، ولو غزا من له ولاية الإقامة بنفسه كالخليفة وأمير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره ، لأنه تحت أمره ، بخلاف أمير العسكر والسرية ، لأنه لم يفوض إليهم الإقامة كما في الهداية .

باب حد الشرب المحرم

(ومن شرب الخمر)طوعا، ولو قطرة (فأخذ وريحها موجود) أو جاءوا به سكران

فَشَهِدَ الشُّهُودُ بِذَلِكَ عَلَيْهِ أَوْ أَقَرَّ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ ، وَإِنْ أَقَرَّ بَعْدَ ذَهَابِ رَائِحَتِهَا لَمْ يُحَدّ ، وَمَنْ سَكِرَ مِنَ النَّبِيذِ حُدَّ ، وَلاَ حَدَّ عَلَى مَنْ وُجِدَ مِنْهُ رَائِحَةُ الْخَمْرِ أَوْ تَقَيَّأَهَا ، وَلاَ يُحَدُّ السَّكْرَانُ حَتَّى يُعْلَمَ أَنَّهُ سَكِرَ مِنَ النَّبِيذِ وَشَرِبَهُ طَوْعاً

(فشهد الشهود بذلك عليه أو أقر) به (فعليه الحد) سواء سكر أم لا ، لأن جناية الشرب قد ظهرت ، ولم يتقادم العهد (وإن أقر) بذلك (بعد ذهاب ريحها لم يحد) عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : يحد، وكذلك إذا شهدوا عليه بعد ماذهب ريحها ، إلا أن يتقادم الزمان كما في الزنا، فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق، غير أنه مقدَّر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا، وعندهما بزوال الرائحة . وأما الإقرار فالتقادم لايبطله عنده كما في حد الزنا، وعندهما لايقام إلا عند قيام الرائحة ، قال الإسبيجابي والصحيح قولهما ، واعتمده المحبوبي والنسفي، تصحيح . وإن أخذهُ الشهود وريحها يوجد منه أو سكران فذهبوا به من مصر إلى مصر فيه الإمام فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به حد في قولهم جميعاً ، لأن هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا ، هداية .

(ومن سكر من النبيذ) أيَّ نبيذ كان (حد) قيد بالسكر من النبيذ لأنه لايحد بشرب به إذا لم يسكر اتفاقا، وإن اختلف في الحل والحرمة في شرب دون المسكر إذا كان كثيره يسكر ، للشبهة . والسكران عند أبي حنيفة : من لايعرف الرجل من المرأة والأرض من السماء ، وقالا : هو الذي يخلط كلامه ويهذي ، لأنه هو المتعارف بين الناس ، وهو اختيار أكثر المشايخ كما في الاختيار ، وقال قاضيخان : والفتوى على قولهما ، اهـ .

(ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها) ، لأن الرائحة محتملة ، وكذا الشرب قد يقع عن إكراه واضطرار (ولايحد السكران) بمجرد وجدانه سكران بل (حتى يعلم أنه سكر من النبيذ) أو الخمر (وشرب طوعا) لاحتمال سكره

وَلاَ يُحَدّ حَتّى يَزُولَ عَنْهُ السُّكْرُ .

وَحَدُّ الخَمْرِ وَالسُّكْرِ ، فِي الحُرّ ثمانُونَ سَوْطاً ، يُفرّقُ عَلَى بَدَنِهِ كَما ذَكَرْنا فِي الزِّنَا ، وَإِنْ كانَ عَبْداً فَحَدُّهُ أَرْبَعُونَ سَوْطاً .

وَمَنْ أَقَرّ بِشُرْبِ الخَمْرِ أو السُّكْرِ ثُمّ رَجَعَ لَمْ يُحَدّ .

وَيَثْبُتُ الشّرْبُ بِشَهادَةِ شاهِدَيْنِ ، وَبِإِقْرارِهِ مَرّةً وَاحِدَةً ، ولاَ تُقْبَلُ فِيهِ شَهادَةُ النِّساءِ مَعَ الرِّجالِ .

بما لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك [1] والشرب مكرها أو مضطراً .

(ولا يحد) السكران حال سكره ؛ بل (حتى يزول عنه السكر) ، تحصيلا للمقصود — وهو الانزجار — بوجدان الألم ، والسكران زائل العقل كالمجنون لا يعقل الألم .

(وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطاً) : لإجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم (يفرق) ذلك (على بدنه كما ذكرنا في) حد (الزنا ، وإن كان) الشارب (عبداً فحده أربعون سوطاً) ، لأن الرق منصف على ما عرف .

(ومن أقر) على نفسه (بشرب الخمر أو السكر ثم رجع لم يحد) لأنه خالص حق الله تعالى ، فيقبل فيه الرجوع ، كما مر في حد الزنا .

(ويثبت الشرب بشهادة شاهدين) كسائر الحدود سوى الزنا لثبوته بالنص (وبإقراره مرة واحدة) قال الإسبيجابي : هو قول أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف وزفر : يشترط الإقرار مرتين ، والصحيح قول الإمام ، واعتمده المحبوبي والنسفي وغيرهما ، تصحيح (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) لأنه حد ، ولا مدخل لشهادة النساء في الحدود ، جوهرة

---

(١) الرماك : جمع رمكة — بوزن قصبة — وهي الفرس أو البرذونة تتخذ للنسل

باب حد القذف

إذا قَذَفَ رَجُلٌ رَجُلاً مُحْصَنًا أَوِ امْرَأَةً مُحْصَنَةً بِصَرِيحِ الزِّنَا ، وَطَالَبَ الْمَقْذُوفُ بِالْحَدِّ حَدَّهُ الْحَاكِمُ ثَمَانِينَ سَوْطًا إِنْ كَانَ حُرًّا يُفَرَّقُ عَلَى أَعْضَائِهِ ، وَلاَ يُجَرَّدُ عَنْ ثِيَابِهِ ، غَيْرَ أَنَّهُ يُنْزَعُ عَنْهُ الْفَرْوُ وَالْحَشْوُ ، وَإِنْ كَانَ عَبْدًا جَلَدَهُ أَرْبَعِينَ .

وَالْإِحْصَانُ : أَنْ يَكُونَ الْمَقْذُوفُ حُرًّا ، عَاقِلاً ، بَالِغًا

باب حد القذف

هو لغة : الرمى ، وشرعا : الرمى بالزنا ، وهو من الكبائر بالإجماع ؛ فتح .

(إذا قذف رجل) أو امرأة (رجلا محصنا أو امرأة محصنة) بصريح الزنا كزنيت أو يازانية (وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطاً إن كان) القاذف (حراً) لقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » والمراد الرمى بالزنا بالإجماع . هداية . قيد بمطالبة المقذوف لأن فيه حقه من حيث دفع العار عنه ، و بإحصانه لما تلونا ، و بالحر لأن العبد على النصف كما يأتى (يفرق) ذلك الضرب (على أعضائه) كما سبق (ولا يجرد من ثيابه) ؛ لأنه أخف الحدود ، لأن سببه غير مقطوع به ، لاحتمال صدقه (غير أنه ينزع عنه الحشو والفرو) لأنه يمنع إيصال الألم إليه (وإن كان) القاذف (عبدا جلده) الحاكم (أربعين سوطا) لمكان الرق كما سبق .

ولما كان معنى الإحصان هنا مغايراً لمعنى الإحصان فى الزنا فسره بقوله : (والإحصان أن يكون المقذوف حراً) لإطلاق اسم الإحصان عليه فى قوله تعالى : « فعليهن نصف ما على المحصنات » أى الحرائر (عاقلا بالغا) لأن المجنون والصبى

مُسْلِماً ، عَفِيفاً عَنْ فِعْلِ الزِّنَا .

وَمَنْ نَفَى نَسَبَ غَيْرِهِ فَقَالَ « لَسْتَ لِأَبِيكَ » ، أَوْ « يَا ابْنَ الزَّانِيَةِ » وَأُمُّهُ مَيِّتَةٌ مُحْصَنَةٌ وطَالَبَ الِابْنُ بِالْحَدِّ حُدَّ الْقَاذِفُ ، ولاَ يُطَالَبُ بِحَدِّ الْقَذْفِ لِلْمَيِّتِ إِلاَّ مَنْ يَقَعُ الْقَدْحُ فِي نَسَبِهِ بِقَذْفِهِ ، وَإِنْ كَانَ الْمَقْذُوفُ مُحْصَناً جَازَ لِابْنِهِ الْكَافِرِ وَالْعَبْدِ أَنْ يُطَالِبَ بِالْحَدِّ .

لا يلحقهما عار ، لعدم تحقق فعل الزنا منهما (مسلماً) لقوله صلى الله عليه وسلم: «من أشرك بالله فليس بمحصن » (عفيفاً عن فعل الزنا) لأن غير العفيف لا يلحقه العار ، والقاذف صادق فيه .

(ومن نفى نسب غيره فقال : لست) بابن (لأبيك) فإنه يحد ، وهذا إذا كانت أمه محصنة ، لأنه فى الحقيقة قذف لأمه ، لأن النسب إنما ينفى عن الزانى لا عن غيره (أو) قال له (يا ابن الزانية ، وأمه ميتة محصنة ، وطالب الابن بالحد ، حد القاذف) لأنه قذف محصنة بعد موتها ، فلكل من يقع القدح فى نسبه المطالبة ، كما صرح به بقوله :

(ولا يطالب بحد القذف للميت إلا من يقع القدح فى نسبه بقذفه) وهو الوالد والولد: أى الأصول والفروع ، لأن العار يلتحق بهم، لمكان الجزئية، فيكون القذف متناولا لهم معنى ، قيد بموت الأم لأنها إذا كانت حية فالمطالبة لها ، وكذا لو كانت غائبة لجواز أن تصدقه، والتقييد بالأم اتفاقى، فإنه لو قذف رجلا ميتا فلأصله وفرعه المطالبة ، ولذا أطلقه فيما بعده حيث قال: « ولا يطالب بحد القذف للميت إلخ »

(وإذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه) ولو غير محصن كابنه (الكافر أو العبد أن يطالب بالحد) ، لأنه عيره بقذف محصن ، وهو من أهل الاستحقاق ، لأن عدم الإحصان لا ينافى أهلية الاستحقاق .

وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ أَنْ يُطَالِبَ مَوْلَاهُ بِقَذْفِ أُمِّهِ الْحُرَّةِ .

وَإِنْ أَقَرَّ بِالْقَذْفِ ثُمَّ رَجَعَ لَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُ .

وَمَنْ قَالَ لِعَرَبِيٍّ « يَا نَبَطِيُّ » لَمْ يُحَدَّ ، وَمَنْ قَالَ لِرَجُلٍ « يَا ابْنَ مَاءِ السَّمَاءِ » فَلَيْسَ بِقَاذِفٍ ، وَإِذَا نَسَبَهُ إِلَى عَمِّهِ أَوْ خَالِهِ أَوْ زَوْجِ أُمِّهِ فَلَيْسَ بِقَاذِفٍ .

(وليس للعبد أن يطالب مولاه) ولا للابن أن يطالب أباه (بقذف أمه الحرة) المحصنة ، لأن المولى لا يعاقَبُ بسبب عبده ، وكذا الأب بسبب ابنه ، ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده .

(وإن أقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه) ، لأن للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع ، بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى ، لأنه لا مكذب له فيه .

(ومن قال لعربي يانبطي) نسبة إلى النبط — بفتحتين — جيل من العرب ينزلون البطائح في سواد العراق (لم يحد) لأنه يراد به التشبيه في الأخلاق أو عدم الفصاحة ، وكذا إذا قال « لست بعربي » لما قلنا ، هداية (ومن قال لرجل ياابن ماء السماء فليس بقاذف) لأنه يحتمل المدح بحسن الخلق والكرم والصفاء ، لأن ابن ماء السماء لقب لجد النعمان بن المنذر ، لقب به لصفائه وسخائه كما في الجوهرة (وإذا نسبه إلى عمه أو خاله أو زوج أمه فليس بقاذف) لأن كل واحد من هؤلاء يسمى أبا : أما الأول فلقوله تعالى : « وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق » وإسماعيل كان عما له ، والثاني بقوله صلى الله عليه وسلم : « الخال أب » والثالث للتربية ، هداية

وَمَنْ وَطِىءَ وَطْئاً حَرَاماً فِي غَيْرِ مِلْكِهِ لَمْ يُحَدَّ قَاذِفُهُ ، وَالْمُلَاعَنَةُ بِوَلَدٍ لَا يُحَدُّ قَاذِفُهَا .

وَمَنْ قَذَفَ عَبْداً أَوْ أَمَةً أَوْ كَافِراً بِالزِّنَا ، أَوْ قَذَفَ مُسْلِماً بِغَيْرِ الزِّنَا ، فَقَالَ : يَا فَاسِقُ ، أَوْ يَا كَافِرُ ، أَوْ يَا خَبِيثُ ، عُزِّرَ ، وَإِنْ قَالَ يَا حِمَارُ أَوْ يَا خِنْزِيرُ لَمْ يُعَزَّرْ .

وَالتَّعْزِيرُ : أَكْثَرُهُ تِسْعَةٌ وَثَلَاثُونَ سَوْطاً ، وَأَقَلُّهُ ثَلَاثُ جَلَدَاتٍ ،

(ومن وطىء وطئا حراما فى غير ملكه) ، ولو بشبهة كالوطء بنكاح فاسد (لم يحد قاذفه) لعدم الإحصان (والملاعنة بولد لا يحد قاذفهـا) ، لأن ولدها غير ثابت النسب ؛ وهو أمارة الزنا ، فسقط إحصانها ، وإن كانت الملاعنة بغير ولد حد قاذفها .

(ومن قذف أمة أو عبداً أو كافراً) أو صغيرا (بالزنا) عزر ، لأنه آذاه وألحق به الشين ، ولا يحد به ، لعدم إحصانه ، ولا مدخل للقياس فى الحدود ، فوجب التعزيز إلا أنه يبلغ به غايته ، لأنه من جنس ما يجب فيه الحد ، وكذالو قذف من ذكر (أو قذف مسلما) محصنا (بغير الزنا فقال) له (يا فاسق أو يا كافر أو يا خبيث) أو يا سارق ، أو يا فاجر ، أو يا آكل الربا ، أو نحو ذلك (عزر) لما قلنا ، إلا أن هذا أخف من الأول ، لأنه ليس من جنس ما يجب فيه الحد ، فالرأى فيه للامام كما فى الهداية (وإن قال) له (ياحمار أو ياخنزير) أو يا كلب أو يا تيس (لم يعزر) لأنه ما ألحق به الشين ، للتيقن بنفيه ، وقيل : فى عرفنا يعزر ، لأنه تلحقهم الوحشة بذلك ، وإن كان من العامة لا يعزر ، وهو الأحسن ، هداية .

(والتعزير) لغة : التأديب ، وشرعا : تأديب دون الحد ؛ كما أشار إليه بقوله (أكثره تسعة وثلاثون سوطا ، وأقله ثلاث جلدات) ، لأن حد الرقيق فى

وقَالَ أَبُو يُوسُفَ : يَبْلُغ بِالتَّعْزِيرِ خَمْسَةً وَسَبْعِينَ سَوْطًا ، فإنْ رَأَى الإمامُ أنْ يَضُمَّ إلى الضَّرْبِ فِي التَّعْزِيرِ الحبسَ فَعَلَ .

وَأَشَدُّ الضَّرْبِ التَّعْزِيرُ، ثُمَّ حَدُّ الزِّنَا، ثُمَّ حَدُّ الشُّرْبِ، ثُمَّ حَدُّ القَذْفِ .

القذف أربعون فينقص منه سوطا لئلا يبلغ الحد ، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد (وقال أبو يوسف : يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطا) قال فى الهداية : والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم : « من بلغ حدا فى غير حد فهو من المُعْتَدِينَ » فأبوحنيفة ومحمد نظرا إلى أن أدنى الحد وهو حد العبد فى القذف أربعون فنقصا منه سوطا ، وأبو يوسف اعتبر أقل الحد فى الأحرار إذ الأصل هو الحرية ، ثم نقص سوطا فى رواية عنه ، وهو قول زفر ، وهو القياس، وفى هذه الرواية نقص خمسة ،وهو مأثور عن على رضى الله عنه ، فقلده ، ثم قدر الأدنى فى الكتاب بثلاث جلدات ، لأن مادونها لايقع به الزجر، وذكر مشايخنا أن أدناه على مايراه الإمام يقدره بقدر مايعلم أنه ينزجر، لأنه يختلف باختلاف الناس، هداية . وفى المجتبى : ويكون بالحبس ، وبالصفع على العنق ، وفرك الأذن ، وبالكلام العنيف ، وبنظر القاضى له بوجه عبوس ، وبشتم غير القذف، ثم قال: وعن السرخسى لا يباح بالصفع؛ لأنه من أعلى مايكون من الاستخفاف فيصان عنه أهل القبلة ، اه (وإن رأى الإمام أن يضم إلى الضرب فى التعزير الحبس فعل) ، لأن المقصود الزجر والتأديب ، فإذا رأى الإمام حصوله بالضرب اكتفى به ، وإلا ضم إليه مايراه من الحبس والنفى كما مر .

(وأشد الضرب التعزير) ، لأنه خفف من حيث العدد فيغلظ من حيث الوصف لئلا يؤدى إلى فوت المقصود، ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء كما فى الهداية (ثم حد الزنا) ، لأنه أعظم جناية حتى شرع فيه الرجم (ثم حد الشرب) لأن سببه متيقن (ثم حد القذف) ، لأن سببه محتمل لاحتمال صدقه .

وَمَنْ حَدَّهُ الْإِمَامُ أَوْ عَزَّرَهُ فَمَاتَ فَدَمُهُ هَدَرٌ ، وَإِذَا حُدَّ الْمُسْلِمُ فِي الْقَذْفِ سَقَطَتْ شَهَادَتُهُ ، وَإِنْ تَابَ ، وَإِنْ حُدَّ الْكَافِرُ فِي الْقَذْفِ ثُمَّ أَسْلَمَ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ ، وَاللهُ أَعْلَمُ .

كتاب السرقة

إِذَا سَرَقَ الْعَاقِلُ الْبَالِغُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ ، أَوْ مَا قِيمَتُهُ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ ، مَضْرُوبَةً

(ومن حده الإمام أو عزره فمات) منه (فدمه هدر) لأنه فعل ما فعل بأمر الشرع ، وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ ، بخلاف الزوج إذا عزر زوجته ، لأنه مطلق فيه والإطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور فى الطريق ، هداية .

(وإذا حد المسلم فى القذف سقطت شهادته وإن تاب) لقوله تعالى : « ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا » والاستثناء فى الآية عائد إلى مايليه ، وتمامه فى الهداية فى الشهادات (وإن حد الكافر فى القذف ثم أسلم قبلت شهادته) لأن هذه الشهادة استفادها بعد الإسلام فلم تدخل تحت الرد ، بخلاف العبد إذا حد حد القذف ثم أعتق لا تقبل شهادته ، لأنه لا شهادة له أصلا فى حال الرق ، فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده ، هداية .

كتاب السرقة

وهى فى اللغة : أخذ الشىء من الغير على الخفية والاستسرار ، ومنه استراق السمع ، وقد زيدت عليه أوصاف فى الشريعة على مايأتيك بيانه ، هداية

(إذا سرق البالغ العاقل) الناطق البصير (عشرة دراهم) جيادا (أو ما) أى شيئا مما لا يتسارع إليه الفساد (قيمته عشرة دراهم) سواء كانت الدراهم (مضروبة

أَوْ غَيْرَ مَضْرُوبَةٍ ، مِنْ حِرْزٍ لا شُبْهَةَ فِيهِ ، وَجَبَ عَلَيْهِ الْقَطْعُ ،

أو غير مضروبة من حرز) وهو ما يمنع وصول يد الغير ، سواء كان بناء أو حافظا (لا شبهة فيه) ولا تأويل ، بمرة واحدة ، اتحد المالك أم تعدد (وجب عليه القطع) ، والأصل فيه قوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » الآية، ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ ، لأن القطع جزاء الجناية ، وهى لا تتحقق بدونهما .قيدنا بالنطق لأن الأخرس لا يقطع؛ لاحتمال نطقه بشبهة ، وبالبصير لأن الأعمى لا يقطع للشبهة وبالاشتباه عليه، وقيد بعشرة دراهم لأن النص الوارد فى حق السرقة مجمل فى حق القيمة ، وقد ورد فى السنة بيانه فى الجملة بثمن المجن ، وقال أصحابنا : المجن الذى قطعت فيه اليد على عهد النبى صلى الله عليه وسلم كان يساوى عشرة دراهم ، وعمم فى الدراهم بقوله «مضروبة أو غير مضروبة» وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة، ولكن ظاهر الرواية يشترط المضروب، وبه قال أبو يوسف ومحمد، وهو الأصح؛ لأن اسم الدرهم يطلق على المضروب عرفا، وظاهر كلام الهداية يدل على أن عبارة المصنف مقيدة بالمضروبة حيث قال: وقد تأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم « لا قطع إلا فى دينار أو عشرة دراهم » واسم الدراهم يطلق على المضروبة، فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال فى الكتاب ، وهو ظاهر الرواية وهو الأصح رعاية لكمال الجناية ، حتى لو سرق عشرة تبراً قيمتها أنقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع ، اهـ . وتبعه فى هذا الكمال فى الفتح قائلا : كما ذكره القدورى ، لكن فى غاية البيان بعد نقله كلام الهداية : وهذا صحيح ، لكن فى نقله عن القدورى نظر ، لأن الشيخ أبا نصر الأقطع ذكر فى الشرح – وهو تلميذ القدورى – رواية المختصر، ولم يقيد بالمضروبة ؛ بل أثبت الرواية بقوله «مضروبة أو غير مضروبة» ثم قال : أما قول صاحب الكتاب «عشرة دراهم مضروبة أو غير مضروبة» فهو قول أبى حنيفة ، ثم قال: وروى بشر عن أبى يوسف وابن سماعة عن محمد فيمن سرق عشرة دراهم تبراً لا يقطع ،اهـ ، وقوله «أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم

وَالْعَبْدُ وَالْحُرُّ فِى الْقَطْعِ سَوَاءٌ .

وَيَجِبُ الْقَطْعُ بِإِقْرَارِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً ، أَوْ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ

وإِذَا اشْتَرَكَ جَمَاعَةٌ فِى سَرِقَةٍ فَأَصَابَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَشَرَةُ دَرَاهِم قُطِعَ ، وَإِنْ أَصَابَهُ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ لَمْ يُقْطَع ،

إشارة إلى أن غير الدراهم يعتبر قيمته بها وإن كان ذهباً ، كما فى الهداية . وقيد بالحرز ، لأن الاستسرار لا يتحقق دونه . ويشترط أن يكون الحرز واحدا ، فلو سرق نصابا من حرزين مختلفين لا يقطع ، وشرط عدم الشبهة لأن الشبهة دارئة للحد ، وكذا التأويل كما يأتى ، وقيدنا بمرة واحدة ، لأنه لو سرق نصابا واحدا من حرز واحد بمرتين فأكثر لا يقطع (والعبد والحر فى القطع سواء) ؛ لأن التنصيف متعذر فيتكامل الجزاء ، صيانة لأموال الناس .

(ويجب القطع بإقراره مرة واحدة) قال فى الهداية : وهذا عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : لا يقطع إلا بالإقرار مرتين ، ويروى عنه أنهما فى مجلسين مختلفين ، اه . قال فى التصحيح : وتقدم تصحيح الإسبيجابى لقولهما ، وعليه اعتمد الأئمة كما هو الرسم (أو بشهادة شاهدين) لتحقق الظهور كما فى سائر الحقوق ، ويسألهما الإمام : كيف هى ؟ وما هى ؟ ومتى هى ؟ وأين هى ؟ وكم هى؟ وممن سرق ؟ لزيادة الاحتياط ، واحتيالا للدرء كما مر فى الحدود ، وكذا يسأل المقر عن الكل إلا الزمان ، وما فى الفتح «إلا المكان» تحريف كما فى النهر .

(وإذا اشترك جماعة فى سرقة فأصاب كل واحد منهم) بالقسمة على السوية (عشرة دراهم) أو ما تبلغ قيمته ذلك (قطع) الجميع ، وإن كان الآخذ بعضهم، لوجود الأخذ من الكل معنى، لأن المعتاد أن يتولى الأخذ بعضهم و يستعد الباقون للدفع (وإن أصابه) : أى كل واحد منهم (أقل من ذلك لم يقطع) واحد منهم، لأن

وَلا يُقْطَعُ فِيمَا يُوجَدُ تَافِهاً مُبَاحاً فِي دَارِ الإِسْلاَمِ ، كَالخشَبِ ، والقَصَبِ ، وَالحَشِيشِ ، والسَّمَكِ ، وَالصَّيْدِ ، وكَذَلِكَ فِيمَا يُسْرِعُ إِلَيْهِ الفَسَادُ ، كالفَوَاكِهِ الرَّطْبَةِ ، وَاللَّبَنِ ، واللَّحْمِ ، والبِطِّيخِ ، والفَاكِهَةِ عَلَى الشَّجَرِ ، والزَّرْعِ الَّذِى لَمْ يُحصَدْ ، ولاَ قَطْعَ فِي الأَشْرِبَةِ المُطْرِبَةِ ، ولاَ فِي الطُّنْبُور ، ولاَ فِي سَرِقَةِ المُصْحَفِ وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حِلْيَةٌ ، وَلا فِي

الموجب له سرقة النصاب ، و يجب القطع على كل واحد بجنايته ، فيعتبر كمال النصاب فى حقه .

(ولا يقطع فيما يوجد تافها) : أى حقيراً ، و يوجد جنسه (مباحا فى دار الإسلام) وذلك (كالخشب والقصب والحشيش والسمك والطير والصيد) والمغرة والنورة والزرنيخ ونحو ذلك ، لأن ما يوجد مباحا فى الأصل بصورته تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به ، فقلما يوجد أخذه على كره من المالك ، فلا حاجة إلى شرع الزاجر؛ ولهذا لم يجب القطع بما دون النصاب ، ولأن الحرز فيه ناقص (وكذلك) : أى لا قطع (فيما يسرع إليه الفساد) بأن لا يبقى سنـــة كما فى القهستانى عن المفسرات (كالفواكه الرطبة واللحم واللبن والبطيخ) ، لقوله صلى الله عليه وسلم : «لا قطع فى الطعام» قالوا : معناه ما يتسارع إليه الفساد ، لأنه يقطع فى الحبوب والسكر إجماعا كما فى الاختيار (ولا فى الزرع الذى لم يحصد) والثمر على الشجر ، لعدم الإحراز (ولا قطع فى الأشربة المطربة) لاحتمال أنه تناولها للإراقة ، ولأن بعضها ليس بمال وفى مالية بعضها اختلاف ، فتتحقق شبهة عدم المالية (ولا فى الطنبور) وجميع آلات اللهو ، لاحتمال تناوله للكسر نهياً عن المنكر (ولا فى سرقة المصحف) لأنه يتأول فى أخذه القراءة والنظر فيه (وإن كان عليه حلية) تبلغ نصابا ، لأنها تبع، ولا معتبر بالتبع ، كمن سرق آنية وفيها خمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب (ولا فى) سرقة

الصَّلِيبِ الذَّهَبِ ، وَلاَ فِي الشِّطْرَنْجِ وَلاَ النَّرْدِ ، ولاَ قَطْعَ عَلَى سَارِقِ الصَّبِيِّ الْحُرِّ وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حُلِيٌّ ، ولاَ قَطْعَ فِي سَرِقَةِ الْعَبْدِ الْكَبِيرِ ، وَيُقْطَعُ فِي سَرِقَةِ الْعَبْدِ الصَّغِيرِ ، وَلا قَطْعَ فِي الدَّفَاتِرِ كُلِّهَا إِلاَّ فِي دَفَاتِرِ الْحِسَابِ ، وَلاَ قَطْعَ فِي سَرِقَةِ كَلْبٍ ، وَلا فَهْدٍ ، وَلاَ دُفٍّ ، وَلاَ طَبْلٍ ، وَلا مِزْمَارٍ ، وَيُقْطَعُ فِي السَّاجِ وَالْقَنَا وَالآبَنُوسِ وَالصَّنْدَلِ ، وَإِذَا اتُّخِذَ مِنَ الْخَشَبِ أَوَانٍ أَوْ أَبْوَابٌ قُطِعَ فِيهَا ،

(الصليب) أو الصنم (الذهب) أو الفضة ، لأنه مأذون فى كسره (ولا فى) سرقة (الشطرنج ولا النرد) لأنها من الملاهى كما مر (ولا قطع على سارق الصبى الحر وإن كان عليه حلى) يبلغ النصاب ، لأن الحر ليس بمال، والحلية تبع له (ولا قطع فى سرقة العبد الكبير)، لأنه غصب أو خداع، لأنه فى يد نفسه (ويقطع فى سرقة العبد الصغير) الذى لا يعبر عن نفسه لأنه مال، ولا يد له على نفسه كالبهيمة، وإذا كان يعبر عن نفسه فهو والبالغ سواء (ولا قطع فى) سرقة (الدفاتر كلها) لأنها لو شرعية ككتب تفسير وحديث وفقه فكمصحف وإلا فكطنبور كما فى الدر (إلا فى دفاتر الحساب)، لأن المقصود ورقها فيقطع بها إن بلغت نصابا (ولا قطع فى سرقة كلب ولا فهد) ونحوه ، ولو عليه طوق من ذهب، لأن من جنسها مباح الأصل ، وما عليها تبع لها (ولا) فى سرقة (دف ولا طبل ولا مزمار) لأنها من آلات اللهو (ويقطع فى) سرقة خشب (الساج) قال الزمخشرى: هو خشب أسود رزين يجلب من الهند ، ولا تكاد الأرض تبليه (والقنا) جمع قناة، وهى الرمح (والآبنوس) خشب معروف أشد سواداً من الساج (والصندل) شجر طيب الرائحة وكذا العود ، لأنها أموال محرزة عزيزة عند الناس ، ولا توجد بصورتها مباحة فى دار الإسلام (وإذا اتخذ من الخشب) الذى لا يقطع به (أوان) كصندوق وقصعة (أو أبواب قطع فيها) إذا كانت محرزة ، لأنها بالصنعة التحقت بالأموال النفيسة

وَلاَ قَطْعَ عَلَى خَائِنٍ ولا خَائِنَةٍ ، ولا نَبَّاشٍ ، ولاَ مُنْتَهِبٍ ، ولاَ مُخْتَلِسٍ

ولاَ يُقْطَعُ السَّارِقُ مِنْ بَيْتِ المالِ ، ولاَ مِنْ مَالٍ لِلسَّارِقِ فِيهِ شَرِكَةٌ ، وَمَنْ سرقَ مِنْ أبَوَيْهِ أَوْ وَلَدِهِ أَوْ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ لَمْ يُقْطع ، وكَذَلِكَ إِذَا سَرَقَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مِنَ الآخَرِ ، أَو العَبْدُ مِنْ سَيِّدِهِ ، أَو مِنَ امْرَأَةِ سَيِّدِهِ ، أَوْ زَوْجِ سَيِّدَتِهِ ،

(ولا قطع على خائن) لما ائتمن عليه كمودع (ولا خائنة) لقصور الحرز (ولا) على (نباش) القبر ، سواء كان فى الصحراء أو البيت ولو مقفلا ، للشبهة فى الملك، لأنه لا مالك الميت حقيقة، ولا للوارث لتقدم حاجة الميت. قال الإسبيجابى: وهذا قول أبى حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف : عليه القطع، والصحيح قولهما، واعتمده الأئمة المحبوبى والنسفى وغيرهما ، تصحيح (ولا) على (منتهب) وهو الآخذ قهراً (ولا مختلس) وهو الآخذ من اليد بسرعة على غفلة ، لأن كلا منهما يجاهر بفعله ، فلم يتحقق معنى السرقة .

(ولا يقطع السارق من بيت المال) ، لأنه مال العامة وهو منهم (ولا من مال السارق فيه شركة) لأن له فيه حقا ، ومن له على آخر دراهم فسرق مثلها لم يقطع، لأنه استيفاء لحقه ، والحال والمؤجل فيه سواء، لأن التأجيل لتأخير المطالبة ، وكذا إذا سرق زيادة على حقه؛ لأنه بمقدار حقه يصير شريكا فيه، وإن سرق منه عروضاً قطع؛ لأنه ليس له ولاية الاستيفاء منه إلا بيعاً بالتراضى، وعن أبى يوسف أنه لا يقطع، لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه أو رهنا به، هداية (ومن سرق من أبويه أو ولده أو ذى رحم محرم منه لم يقطع) فالأول — وهو الولاد — للبسوطة فى المال ، وفى الدخول فى الحرز، والثانى للمعنى الثانى؛ فلو سرق من بيت ذى الرحم المحرم متاع غيره ينبغى أن لا يقطع ، ولو سرق ماله من بيت غيره قطع ، اعتباراً للحرز وعدمه كما فى الهداية (وكذلك): أى لا يقطع (إذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو العبد من سيده ، أو من امرأة سيده ، أو) من (زوج سيدته) ، لوجود الإذن

وَالْمَوْلَى مِنْ مُكَاتَبِهِ ، والسَّارِقُ مِنَ الْمَغْنَمِ .

وَالحِرْزُ عَلَى ضَرْبَيْنِ : حِرْزٍ لِمَعْنًى فِيهِ ، كَالبُيُوتِ وَالدُّورِ ، وحِرْزٍ بِالْحَافِظِ فَمَنْ سَرَقَ شَيْئًا مِنْ حِرْزٍ أَوْ غَيْرِ حِرْزٍ وَصَاحِبُهُ عِنْدَهُ يَحْفَظُهُ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقَطْعُ ، ولا قَطْعَ عَلَى مَنْ سَرَقَ مِنْ حَمَّامٍ أو مِنْ بَيْتٍ أُذِنَ لِلنَّاسِ فِي

بالدخول عادة (و) كذا إذا سرق (المولى من مكاتبه) ، لأن له فى أكسابه حقاً (و) كذا (السارق من المغنم) إذا كان له نصيب فى الأربعة أخماس أو فى الخمس كالغانمين ؛ لأن لهم فيه نصيبا ، أما غيرهم فينبغى أن يقطع، إلا أن يقال : إنه مباح الأصل ، وهو بعد على صورته التى كان عليها ولم يتغير ، فصار بقاؤه شبهة ، فسقط القطع كما فى غاية البيان .

(والحرز على ضربين : حرز لمعنى فيه)وهو المكان المعد للاحراز ، وذلك (كالبيوت والدور) والحانوت والصندوق والفسطاط ، وهو الحرز حقيقة (وحرز بالحافظ) كمن جلس فى الطريق أو المسجد وعنده متاعه فهو محرز به فيكون حرزا معنى (فمن سرق شيئاً من حرز) وإن لم يكن صاحبه عنده أو لم يكن له باب أوله وهو مفتوح (أو) من (غير حرز و) لكن (صاحبه عنده يحفظه) سواء كان مستيقظاً أو نائما والمتاع تحته أو عنده ، هو الصحيح ؛ لأنه يعد النائم عند متاعه حافظا له فى العادة ، هداية (وجب عليه القطع) ؛ لأنه سرق مالا محرزاً بأحد الحرزين (ولا قطع على من سرق من حمام) فى وقت جرت العادة بدخوله فيه ، وكذا حوانيت التجار والخانات ؛ لوجود الإذن عادة ، فلو سرق فى غير وقت الإذن المعتاد قطع؛ لأنها بنيت للاحراز ، وإنما الإذن مختص فى وقت العادة (أو من بيت أذن للناس فى

دُخُولِهِ . وَمَنْ سَرَقَ مِنَ الْمَسْجِدِ مَتَاعاً وَصَاحِبُهُ عِنْدَهُ قُطِعَ ، وَلَا قَطْعَ عَلَى الضَّيْفِ إِذَا سَرَقَ مِمَّنْ أَضَافَهُ ، وَإِذَا نَقَبَ اللِّصُّ الْبَيْتَ ، فَدَخَلَ ، فَأَخَذَ الْمَالَ وَنَاوَلَهُ آخَرَ خَارِجَ الْبَيْتِ فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِمَا ، وَإِنْ أَلْقَاهُ فِي الطَّرِيقِ ثُمَّ خَرَجَ فَأَخَذَهُ قُطِعَ ، وَكَذَلِكَ إِنْ حَمَلَهُ عَلَى حِمَارٍ فَسَاقَهُ فَأَخْرَجَهُ ، وَإِذَا دَخَلَ الْحِرْزَ جَمَاعَةٌ فَتَوَلَّى بَعْضُهُمُ الْأَخْذَ

دخوله) ؛ لوجود الإذن حقيقة (ومن سرق من المسجد متاعاً وصاحبه عنده قطع) لأنه محرز بالحافظ ؛ لأن المسجد ما بنى لإحراز الأموال ، فلم يكن المال محرزا بالمكان ، بخلاف الحمام والبيت الذى أذن للناس فى دخوله حيث لايقطع ؛ لأنه بنى للاحراز ؛ فكان حرزاً ؛ فلا يعتبر معه الإحراز بالحافظ لأنه أقوى كما فى الهداية (ولا قطع على الضيف إذا سرق ممن أضافه) ، لأن البيت لم يبق حرزاً فى حقه ، لكونه مأذونا فى دخوله ، ولأنه بمنزلة أهل الدار ، فيكون فعله خيانة ، لا سرقة (وإذا نقب اللص البيت ودخل فأخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما) ؛ لأن الأول لم يوجد منه الإخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه ، والثانى لم يوجد منه هتك الحرز ، فلم تتم السرقة من كل واحد . قال جمال الإسلام : وهذا قول أبى حنيفة ، وعليه مشى الأئمة المحبوبى والنسفى والموصلى وغيرهم . تصحيح (وإن ألقاه) أى ألقى اللص المتاع (فى الطريق) قبل أن يخرج (ثم خرج فأخذه قطع) ، لأن الرمى حيلة يعتاده السراق لتعذر الخروج مع المتاع أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار ، ولم يعترض عليه يد معتبرة ، فاعتبر الكل فعلا واحدا ، وإذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق . هداية (وكذلك) : أى قطع (إن حمله) : أى المتاع (على حمار فساقه فأخرجه) لأن سيره مضاف إليه لسوقه (وإذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ) دون البعض

قُطِعُوا جَمِيعًا .

وَمَنْ نَقَبَ الْبَيْتَ وَأَدْخَلَ يَدَهُ فِيهِ فَأَخَذَ شَيْئًا لَمْ يُقْطَعْ ، وَإِذَا أَدْخَلَ يَدَهُ فِي صُنْدُوقِ الصَّيْرَفِي ، أَوْ فِي كُمِّ غَيْرِهِ ، فَأَخَذَ الْمَالَ ، قُطِعَ

وَتُقْطَعُ يَمِينُ السَّارِقِ مِنَ الزَّنْدِ وَتُحْسَمُ ، فَإِنْ سَرَقَ ثَانِيًا قُطِعَتْ رِجْلُهُ الْيُسْرَى ، فَإِنْ سَرَقَ ثَالِثًا لَمْ يُقْطَعْ وَخُلِّدَ فِي السِّجْنِ حَتَّى يَتُوبَ ؛

(قطعوا جميعاً) لأن الإخراج من الكل معنى للمعاونة ، وهذا لأن المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع ويتشمّر الباقون للدفع ، فلو امتنع القطع أدى إلى سد باب الحد .

(ومن نقب البيت وأدخل يده فيه) من غير أن يدخل (فأخذ شيئاً) يبلغ النصاب (لم يقطع) ، لأن هتك الحرز بالدخول فيه ، ولم يوجد ، قال بهاء الدين فى شرحه : وعن أبى يوسف أنه يقطع ، والصحيح قولنا ، واعتمده البرهانى وغيره ، تصحيح (وإن أدخل يده فى صندوق الصيرفى أو فى كم غيره فأخذ المال قطع) ، لتحقق هتك الحرز ، لأنه لا يمكن هتك مثل هذا الحرز إلا على هذه الصفة.

(ويقطع يمين السارق من الزند) وهو المفصل بين الذراع والكف (وتحسم) وجوبا ؛ لأنه لو لم تحسم يفضى إلى التلف ، والحد زاجر لا متلف ، وصورة الحسم : أن تجعل يده بعد القطع فى دهن قد أغلى بالنار لينقطع الدم ، قال فى الذخيرة : والأجرة وثمن الدهن على السارق ، لأن منه سبب ذلك وهو السرقة ، جوهرة (فإن سرق ثانياً قطعت رجله اليسرى) من الكعب ، وهو المفصل بين الساق والقدم ، وتحسم أيضاً (فإن سرق ثالثاً لم يقطع) ولكن عزر (وخلد فى السجن حتى يتوب) لما روى عن على رضى الله عنه أنه قال : إنى لأستحى من الله أن لا أدع له يدا يأكل بها ويستنجى بها ، ورجلا يمشى عليها ، وبهذا حاج بقية الصحابة فحجهم ، فانعقد إجماعا ، هداية .

وَإِذَا كَانَ السَّارِقُ أَشَلَّ الْيَدِ الْيُسْرَى ، أَوْ أَقْطَعَ ، أَوْ مَقْطُوعَ الرِّجْلِ الْيُمْنَى ، لَمْ يُقْطَعْ

وَلاَ يُقْطَعُ السَّارِقُ إِلاَّ أَنْ يَحْضُرَ الْمَسْرُوقُ مِنْهُ فَيُطَالِبَ بِالسَّرِقَةِ ، فَإِنْ وَهَبَهَا مِنَ السَّارِقِ ، أَوْ بَاعَهَا إِيَّاهُ ، أَوْ نَقَصَتْ قِيمَتُهَا مِنَ النِّصَابِ ، لَمْ يُقْطَعْ .

وَمَنْ سَرَقَ عَيْناً فَقُطِعَ فِيهَا وَرَدَّهَا ثُمَّ عَادَ فَسَرَقَهَا وَهِيَ بِحَالِهَا ، لَمْ يُقْطَعْ ، فَإِنْ تَغَيَّرَتْ عَنْ حَالِهَا ، مِثْلُ

(وإذا كان السارق أشل اليد اليسرى أو أقطع) : أى مقطوعها (أو مقطوع الرجل اليمنى) أو أشلها (لم يقطع) ، لأن فى ذلك تفويت جنس المنفعة : بطشاً فيما إذا كان أشل اليد اليسرى أو أقطع ، ومشياً فيما إذا كان مقطوع الرجل اليمنى أو أشل ، وتفويت ذلك إهلاك معنى ، فلا يقام الحد ، لئلا يفضى إلى الإهلاك

(ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة) ؛ لأن الخصومة شرط لظهورها ، ولا فرق بين الشهادة والإقرار ؛ لأن الجناية على مال الغير لا تظهر إلا بالخصومة ، وكذا إذا غاب عند القطع ؛ لأن الاستيفاء من القضاء فى باب الحدود ، هداية (فإن وهبها) : أى السرقة (من السارق ، أو باعها إياه ، أو نقصت قيمتها من النصاب) ولو بعد القضاء بها (لم يقطع) ؛ لأن الإمضاء فى هذا الباب من القضاء ، فيشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء ، فصار كما إذا حصلت قبل القضاء ، وتمامه فى الهداية .

(ومن سرق عيناً فقطع فيها وردها) لمالكها (ثم عاد فسرقها) ثانياً (وهى) بعد (بحالها) لم تتغير (لم يقطع) بها ثانياً ؛ لأنه وجب لهتك حرمة العين ؛ فتكراره فيها لا يوجب تكرار الحد (فإن تغيرت عن حالها) الأول (مثل

أَنْ كَانَ غَزْلاً فَسَرَقَهُ فَقُطِعَ فِيهِ فَرَدَّهُ ثُمَّ نُسِجَ فَعَادَ فَسَرَقَهُ قُطِعَ ، وَإِذَا قُطِعَ السَّارِقُ وَالْعَيْنُ قَائِمَةٌ فِي يَدِهِ رَدَّهَا ، وَإِنْ كَانَتْ هَالِكَةً لَمْ يَضْمَنْ ، وَإِذَا ادَّعَى السَّارِقُ أَنَّ الْعَيْنَ الْمَسْرُوقَةَ مِلْكُهُ سَقَطَ الْقَطْعُ عَنْهُ وَإِنْ لَمْ يُقِمْ بَيِّنَةً .
وَإِذَا خَرَجَ جَمَاعَةٌ مُمْتَنِعِينَ ، أَوْ وَاحِدٌ يَقْدِرُ عَلَى الِامْتِنَاعِ ،

أن) لو (كان) المسروق (غزلا فسرقه فقطع فيه فرده) لمالكه (ثم نسج) ذلك الغزل وصار كرباساً (فعاد) السارق (فسرقه) ثانياً (قطع ، وإذا قطع السارق والعين) المسروقة (قائمة فى يده ردها) على مالكها ، لبقائها على ملكه (وإن كانت) العين (هالكة) أومستهلكة على المشهور (لم يضمن) ، لأنه لا يجتمع القطع والضمان عندنا ، سواء كان الاستهلاك قبل القطع أو بعده ، مجتبى . وفيه : لو استهلكه المشترى منه أو الموهوب له فللمالك تضمينه .

(وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقم بينة) لوجود الشبهة باحتمال الصدق .

ولما أنهى الكلام على السرقة الصغرى أخذ فى الكلام على السرقة الكبرى فقال : (وإذا خرج جماعة ممتنعين) : أى قادرين على أن يمنعوا عن أنفسهم تعرض الغير ، (أو واحد يقدر على الامتناع) بنفسه ، قال فى غاية البيان : وإطلاق اسم الجماعة يتناول المسلم والذمى والكافر ، والحر والعبد ، والمراد من الامتناع : أن يكون قاطع الطريق بحيث يمكن له أن يدفع عن نفسه بقوته وشجاعته تعرض الغير ، قال الإمام الإسبيجابى فى شرح الطحاوى : اعلم أن قاطع الطريق إنما يكون بعد أن تستجمع فيه شرائط ، وهى : أن يكون لهم قوة وشوكة ينقطع الطريق بهم ، وأن لا يكون بين قريتين ولا بين مصرين ولا مدينتين ، وأن يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر ؛

فَقَصَدُوا قَطْعَ الطَّرِيقِ فَأُخِذُوا قَبْلَ أَنْ يَأْخُذُوا مَالاً وَلا قَتَلُوا نَفْساً حَبَسَهُمُ الإِمَامُ حَتَّى يُحْدِثُوا تَوْبَةً ، وَإِنْ أَخَذُوا مَالَ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ وَالمَأْخُوذُ إِذَا قُسِمَ عَلَى جَمَاعَتِهِمْ أَصَابَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ فَصَاعِداً أَوْ مَا قِيمَتُهُ ذَلِكَ قَطَعَ الإِمَامُ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ مِنْ خِلَافٍ ، وَإِنْ قَتَلُوا وَلَمْ يَأْخُذُوا مَالاً قَتَلَهُمُ الإِمَامُ حَدّاً ، فَإِنْ عَفَا الأَوْلِيَاءُ عَنْهُمْ لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى عَفْوِهِمْ ، وَإِنْ قَتَلُوا وَأَخَذُوا المَالَ

فإذا وجدت هذه الأشياء يكون قاطعاً للطريق ، وإلا فلا ، هكذا ذكر في ظاهر الرواية ، وروى عن أبي يوسف أنه قال : إن كان أقل من مسيرة سفر أو كان في المصر ليلا فإنه يجرى عليهم حكم قطاع الطريق،وهو: أن تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى والفتوى هنا على قول أبي يوسف ، اهـ . ونقل مثله في التصحيح عن الينابيع وشرح الطحاوى (فقصدوا قطع الطريق ، فأخذوا قبل أن يأخذوا مالا ولا قتلوا نفساً حبسهم الإمام) وهو المراد بالنفى في الآية ؛ إذ المراد توزيع الأجزية على الأحوال كما هو مقرر في الأصول (حتى يحدثوا توبة) لا بمجرد القول ، بل بظهور سيماء الصالحين أو الموت (وإن أخذوا مال مسلم أو ذمى والمأخوذ إذا قسم على جماعتهم) بالسوية (أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم) فضة فصاعداً (أو ما قيمته ذلك) من غيرها (قطع الإمام أيديهم وأرجلهم من خلاف) أى قطع من كل واحد يده اليمنى ورجله اليسرى ، وهذا إذا كان صحيح الأطراف كما مر ، وهذه حالة ثانية (وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم الإمام حدا) لا قصاصاً ، ولذا لا يشترط فيه أن يكون موجباً للقصاص بأن يكون بمحدد ، ولا يجوز العفو عنه كما صرح به بقوله : (فإن عفا الأولياء عنهم لم يلتفت إلى عفوهم) ، لأن الحدود وجبت حقا لله تعالى لا حق للعباد فيها ، وهذه حالة ثالثة (وإن قتلوا وأخذوا المال) وهى

فَالْإِمَامُ بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ قَطَعَ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ مِنْ خِلَافٍ وَقَتَلَهُمْ وَصَلَبَهُمْ ، وَإِنْ شَاءَ قَتَلَهُمْ ، وَإِنْ شَاءَ صَلَبَهُمْ : يُصْلَبُ حَيًّا ، وَيُبْعَجُ بَطْنُهُ بِالرُّمْحِ إِلَى أَنْ يَمُوتَ ، وَلَا يُصْلَبُ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ، فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ ، أَوْ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ الْمَقْطُوعِ عَلَيْهِ سَقَطَ الْحَدُّ عَنِ الْبَاقِينَ

الحالة الرابعة (فالإمام بالخيار : إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف) جزاء على أخذ المال (و) بعد ذلك (قتلهم وصلبهم) جزاء على القتل(وإن شاء قتلهم) فقط (وإن شاء صلبهم) فقط ؛ لما فى كل منهما من الإهلاك ، وفيه كفاية فى الزجر قال الإمام الإسبيجابى : وهذا الذى ذكره قول أبى حنيفة وزفر ، وقال أبو يوسف : لا أعفيه من الصلب ، وقال محمد : لا يقطع ، ولكن يقتل ويصلب ، والصحيح قول أبى حنيفة ، وفى الهداية والتجنيس : أنه ظاهر الرواية ، واختاره المحبوبى والموصلى وغيرهما ، تصحيح، و(يصلب)مَنْ يُرَادصلبه(حيا)وكيفيته : أن تغرز خشبة ويوقف عليها وفوقها خشبة أخرى ويربط عليها يديه (ويبعج بطنه بالرمح) من تحت ثديه الأيسر ، ويخضخض بطنه (إلى أن يموت) وروى الطحاوى أنه يقتل أولا ثم يصلب بعد القتل ؛ لأن الصلب حيا مُثلة ؛ ولأنه يؤدى إلى التعذيب ، والأول أصح لأن صلبه حيا أبلغ فى الزجر والردع كما فى الجوهرة (ولا يصلب) : أى لا يبقى مصلوبا (أكثر من ثلاثة أيام) وهو ظاهر الرواية ، كذا قال الصدر الشهيد فى شرح الجامع الصغير ، وعن أبى يوسف أنه يترك على خشبته حتى ينقطع فيسقط ليحصل الاعتبار لغيره ، وجهُ الظاهر أن الاعتبار يحصل بالثلاثة فبعدها يتغير فيتأذى الناس فيخلى بينه و بين أهله ليدفن ، غاية (فإن كان فيهم) : أى القُطّاع (صبى أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليهم) الطريق (سقط الحد عن الباقين) ؛ لأن

وَصارَ الْقَتْلُ إلى الأَوْلياءِ : إنْ شاؤُوا قَتَلُوا ، وإنْ شاؤُوا عَفَوا ، وإنْ باشَرَ الْفِعْلَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ أُجْرِىَ الْحَدُّ عَلَى جَماعَتِهِمْ .

كتاب الأشربة

الأَشْرِبَةُ الْمُحَرَّمَةُ أَرْبَعَةٌ : الْخَمْرُ ، وهِيَ : عَصِيرُ الْعِنَبِ إذا غَلَى واشْتَدَّ وقَذَفَ بالزَّبَدِ ، وَالْعَصِيرُ إذا طُبِخَ حَتَّى ذَهَبَ أَقَلُّ مِنْ ثُلُثَيْهِ ،

الجناية واحدة قامت بالجميع ، فإذا لم يكن فعل بعضهم موجباً صار فعل الباقين بعض العلة فلا يترتب عليه الحكم ، قال في الغاية : وهذا الذى ذكره القدورى ظاهر الرواية عن أصحابنا ، وهو قول زفر ، اه (و) إذا سقط الحد (صار القتل إلى الأولياء) ؛ لظهور حق العبد ، وحينئذ (إن شاءوا قتلوا) قصاصا ؛ فيعتبر فيه موجبه من القصاص أو الدية (وإن شاءوا عفوا) ؛ لأنه صار خالص حقهم (وإن باشر الفعل واحد منهم) دون الباقين (أجرى الحد على جماعتهم) ؛ لأنه إنما يأخذه بقوة الباقين

ومن قطع الطريق فلم يقدر عليه حتى جاء تائبا سقط عنه الحد بالتوبة قبل القدرة ، ودفع إلى أولياء المقتول : إن كان قَتَلَ اقتص منه ، وإن كان أخذ المال رده إن كان قائماً وضمنه إن كان هالكاً ، لأن التوبة لا تسقط حق الآدمى ، كما فى الجوهرة .

كتاب الأشربة

والأَشْرِبة : جمع شَرَاب ، وهو لغة : كل ما يشرب ، وخص شرعا بالمسكر .

(الأشربة المحرمة أربعة) : أحدها (الخمر ، وهى عصير العنب) النىء (إذا) ترك حتى (غلى) : أى صار يفور (واشتد) : أى قوى وصار مسكراً (وقذف) : أى رمى (بالزبد) : أى الرغوة ، بحيث لا يبقى شىء منها فيصفو ويرق ، وهذا قول أبى حنيفة ، وعندهما إذا اشتد بحيث صار مسكراً وإن لم يقذف (و) الثانى (العصير) المذكور (إذا طبخ حتى ذهب أقل من ثلثيه) ويسمى الباذق والطلاء أيضاً ،

وَنقيعُ التَّمْرِ والزَّبيبِ إذا أشْتدَّ ، وَنَبِيذ التَّمْرِ والزَّبيبِ إذا طُبِخَ كلُّ واحِدٍ مِنْهُمَا أدْنى طَبْخٍ حَلَالٌ ، وَإن اشْتَدَّ ، إذا شَرِبَ مِنْهُ مَا يَغْلِبُ فِي ظَنِّهِ أَنَّهُ لاَ يُسْكِرُهُ مِنْ غَيْرِ لَهْوٍ وَلا طَرَبٍ ،

وقيل : الطلاء ماذهب ثلثاه وبقي ثلثه كما فى المحيط ، وقيل: إذا ذهب ثلثه فهو الطلاء وإن ذهب نصفه فهو المنصف ، وإن طبخ أدنى طبخ فالباذق ، والسكل حرام إذاغلى واشتد وقذف بالزبد على الاختلاف كما فى الاختيار ، وقال قاضيخان : ماء العنب إذا طبخ ــ وهو الباذق ــ يحل شربه مادام حلواً عند الكل ، وإذاغلى واشتد وقذف بالزبد يحرم قليله وكثيره ، ولا يفسق شاربه ، ولايكفر مستحله ، ولايحد شاربه مالم يسكر منه ، اه (و) الثالث (نقيع التمر و) الرابع نقيع (الزبيب) النيء (إذا اشتد) وقذف بالزبد على الاختلاف ، والنقيع : اسم مفعول ، قال فى المغرب : يقال أنقع الزبيبَ فى الخابية ونَقَعَه إذا ألقاه فيها ليبتل وتخرج منه الحلاوة ، وزبيب مُنْقَع بالفتح مخففاً ، واسم الشراب نقيع ، اه، قال فى الهداية : وهو حرام إذا اشتد وغلى؛ لأنه رقيق ملذ مطرب ، إلا أن حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر ، حتى لا يكفر مستحلها ، ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ، ونجاستها خفيفة فى رواية غليظة فى أخرى ، بخلاف الخمر ، اه مختصرا .

(ونبيذ التمر) هو اسم جنس فيتناول اليابس والرطب والبسر ، و يتحد حكم الكل كما فى الزاهدى ، والنبيذ : شراب يتخذ من التمر أو الزبيب أو العسل أو البر أو غيره ، بأن يلقى فى الماء ويترك حتى يستخرج منه ، مشتق من النَّبْذِ وهو الإلقاء كما أشار إليه فى الطلبة وغيره ، قهستانى (و) نبيذ (الزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخ) . قال فى الهداية : إذا ذهب أقل من ثلثيه فهو المطبوخ أدنى طبخ ، اه (حلال وإن) غلى و(اشتد) وقذف بالزبد ، قهستانى ، قال العينى : ولم يذكر القذف اكتفاء بما سبق (إذاشرب منه مايغلب على ظنه أنه لايسكره) وكان شربه للتقوى ونحوه (من غير لهو ولا طرب) قال القهستانى: فالفرق بينه وبين النقيع بالا ط

وَلاَ بَأْسَ بِالْخَلِيطَيْنِ ، ونَبِيذُ الْعَسَلِ والتِّينِ وَالْحِنْطَةِ والشَّعِيرِ والذُّرَةِ حَلاَلٌ وَإِنْ لَمْ يُطْبَخْ .

وعدمه كما فى النظم ، قال فى الهداية : وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد حرام ، ومثله فى الينابيع، ثم قال : والصحيح قولهما ، واعتمده الأئمة المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة ، تصحيح ؛ لكن يأتى قريبا أن الفتوى على قول محمد فتنبه . قيد بعدم اللهو والطرب ، لأنه مع ذلك لا يحل بالاتفاق .

(ولا بأس بالخليطين) : أى ماء الزبيب والتمر أو الرطب أو البسر المجتمعين المطبوخين أدنى طبخ كما فى المعراج والعناية وغيرهما ، والمفهوم من عبارة الملتقى عدم اشتراط الطبخ ، ثم هذا إذا لم يكن أحد الخليطين ماء العنب ، وإلا فلا بد من ذهاب الثلثين كما فى الكافى .

(ونبيذ العسل) و يسمى البِتْعَ . قال فى المغرب : البتع ـ بكسر الباء وسكون التاء ـ شراب مسكر يتخذ من العسل باليمن (و) نبيذ (التين و) نبيذ (الحنطة) و يسمى بالمِزْرِ ـ بكسر الميم ، كما فى المغرب ـ (و) نبيذ (الشعير) و يسمى بالجعة ـ بكسر الجاء ـ كما فى القهستانى (و) نبيذ (الذرة) بالذال المعجمة ـ و يسمى بالسكركة ـ بضم السين والكاف وسكون الراء ، كما فى المغرب (حلال) شربه للتقوى واستمراء الطعام (وإن لم يطبخ) وإن اشتد وقذف بالزبد ، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وعند محمد حرام ، قال فى التصحيح : واعتمد قولهما البرهانى والنسفى وصدر الشريعة ، اهـ وفى القهستانى : وحاصله أن شرب نبيذ الحبوب والحلاوات بشرطه حلال عند الشيخين ؛ فلا يحد السكران منه ، ولا يقع طلاقه وحرام عند محمد فيحد و يقع كما فى الكافى ، وعليه الفتوى كما فى الكفاية وغيره ، اهـ . ومثله فى التنوير والملتقى والمواهب والنهاية والمعراج وشرح المجمع وشرح درر البحار والعينى حيث قالوا الفتوى فى زماننا بقول محمد ، لغلبة الفساد ، وفى النوازل لأبى الليث : ولو اتخذ شيئا من

وَعَصِيرُ الْعِنَبِ إِذَا طُبِخَ حَتَّى ذَهَبَ مِنْهُ ثُلُثَاهُ وَبَقِيَ ثُلُثُهُ حَلَالٌ وَ إِنِ اشْتَدَّ ، وَلَا بَأْسَ بِالِانْتِبَاذِ فِي الدُّبَّاءِ وَالْحَنْتَمِ وَالْمُزَفَّتِ وَالنَّقِيرِ ، وَإِذَا تَخَلَّلَتِ الْخَمْرُ حَلَّتْ ، سَوَاءٌ صَارَتْ خَلًّا بِنَفْسِهَا أَوْ بِشَيْءٍ طُرِحَ فِيهَا ،

الشعير أوالذرة أوالتفاح أوالعسل فاشتد وهومطبوخ أو غيرمطبوخ فإنه يجوز شربه مادون السكر عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد : لا يجوز شربه ، وبه نأخذ . اهـ

(وعصير العنب إذا طبخ) بالنار أو الشمس (حتى ذهب منه ثلثاه وبقي ثلثه حلال) شربه حيث وجد شرطه (وإن) غلى و (اشتد) وقذف بالزبد كما سبق، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف أيضا ، خلافا لمحمد، والخلاف فيه كالخلاف في سابقه ، وقد علمت أن فتوى المتأخرين على قول محمد لفساد الزمان ، وفي التصحيح : ولو طبخ حتى ذهب ثلثه ثم زيد عليه وأعيد إلى النار : إن أعيد قبل أن يغلى لا بأس به لأنه تم الطبخ قبل ثبوت الحرمة ، وأن أعيد بعد ما غلى الصحيح لا يحل شربه ، اهـ .

(ولا بأس بالانتباذ) : أي اتخاذ النبيذ (في الدباء) بضم الفاء وتشديد العين والمد ـ القرع ، الواحدة دباءة ، مصباح (والحنتم) الخزف الأخضر ، أو كل خزف وعن أبي عبيدة : هي جرار خضر تحمل فيها الخمر إلى المدينة ، الواحدة حنتمة ،مغرب (والمزفت)الوعاء المطلي بالزفت ، وهو القار ، وهذه مما يحدث التغير في الشراب سريعا مغرب (والنقير) خشبة تنقر وينبذ فيها مصباح ، وماورد من النهي عن ذلك منسوخ بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الأشياء : «فاشربوا في كل ظرف ؛ فإن الظرف لا يحل شيئاً ولا يحرمه ، ولا تشربوا المسكر » . وقاله بعد ما أخبر عن النهي عنه ، فكان ناسخا له ، هداية

(وإذا تخللت الخمر حلت) ، لزوال الوصف المفسد (سواء صارت خلا بنفسها أو بشيء طرح فيها) كالملح والخل والماء الحار ، لأن التخليل يزيل الوصف المفسد،

ولاَ يُكْرَهُ تَخْلِيلُهَا .

كتاب الصيد والذبائح

يَجُوزُ الاِصْطِيَادُ بِالْكَلْبِ الْمُعَلَّمِ ، والْفَهْدِ ، وَالْبَازِى ، وَسَائِرِ الْجَوَارِحِ الْمُعَلَّمَةِ .

و إذازال الوصف المفسد الموجب للحرمة حلت ، كما إذا تخللت بنفسها ، وإذا تخللت طهر الإناء أيضا ؛ لأن جميع مافيه من أجزاء الخمر يتخلل ، إلا ما كان منه خاليا عن الخل ، فقيل : يطهر تبعاً ، وقيل : يغسل بالخل ليطهر ؛ لأنه يتخلل من ساعته ، وكذا لو صب منه الخمر فملىء خلا طهر من ساعته كما فى الاختيار (ولا يكره تخليلها) ، لأنه إصلاح ، والإصلاح مباح .

ولا يجوز أ كل البنج والحشيش والأفيون ، وذلك كله حرام ، لأنه يفسد العقل و يصد عن ذ كر الله وعن الصلاة ، لكن تحريم ذلك دون تحريم الخمر ، فإن أ كل شيئا من ذلك لا حَدَّ عليه ، و إن سكر منه ، بل يعزر بما دون الحد كما فى الجوهرة .

كتاب الصيد والذبائح

مناسبة الصيد للأشربة أن كلا منهما يورث الغفلة واللهو ، ومناسبة الصيد للذبائح جلية ، أو لأن الصيد والذبائح للأطعمة ، ومناسبتها للأشربة غير خفية .

والصيد لغة : مصدر «صاده» إذا أخذه ، فهو صائد ، وذاك مَصِيدٌ ، ويسمى المصيد صيداً ، فيجمع صُيُوداً ، وهو : كل ممتنع متوحش طبعاً لا يمكن أخذه إلا بحيلة ، مغرب . وزيد عليه أحكام شرعا كما يأتى بيانها .

(يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازى وسائر الجوارح المعلمة) وهى : كل ذى ناب من السباع أوذى مخلب من الطير ، وعن أبى حنيفة أنه استثنى من ذلك

وَتَعْلِيمُ الْكَلْبِ : أَنْ يَتْرُكَ الأَكْلَ ثَلاَثَ مَرَّاتٍ .

وَتَعْلِيمُ الْبَازِي : أَنْ يَرْجِعَ إِذَا دَعَوْتَهُ .

فَإِذَا أَرْسَلَ كَلْبَهُ الْمُعَلَّمَ ، أَوْ بَازِيَهُ ، أَوْ صَقْرَهُ ، وَذَكَرَ اسْمَ اللهِ تَعَالَى عَلَيْهِ عِنْدَ إِرْسَالِهِ ، فَأَخَذَ الصَّيْدَ وَجَرَحَهُ فَمَاتَ حَلَّ أَكْلُهُ ، وَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ الْكَلْبُ لَمْ يُؤْكَلْ ، وَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ الْبَازِي أُكِلَ ، وَإِذَا أَدْرَكَ الْمُرْسِلُ

الأسد والدب ؛ لأنهما لا يعملان لغيرهما : الأسد لعلو همته ، والدب لخساسته ، وألحق بعضهم بهما الحدأة لخساستها ، والخنزير مستثنى ؛ لأنه نجس العين ، ولا يجوز الانتفاع به ، هداية .

(وتعليم الكلب) ونحوه من السباع (أن يترك الأكل) مما يصيده (ثلاث مرات) قيد بالأكل ؛ لأنه لو شرب الدمَ لا يضر ؛ لأنه من غاية علمه (وتعليم البازى) ونحوه من الطير (أن يرجع إذ دعوته) ، لأن آية التعليم تركُ ما هو مألوفه عادة ، والبازى متوحش متنفر ، فكانت الإجابة آية تعليمه ؛ أما الكلب فهو ألوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الأكل .

(فإذا أرسل) مريد الصيد (كلبه المعلم أو بازيه أو صقره) المعلم (وذكر اسم الله عليه عند إرساله) ولو حكما بأن نسيها ، فالشرط عدم تركها عمداً (فأخذ) المرسَلُ (الصيد وجرحه) في أي موضع كان (فمات) الصيد من جرحه (حل أكله) قيد بالجرح لأنه إذا لم يجرحه ومات لم يؤكل فى ظاهر الرواية كما يأتى قريباً (وإن أكل منه الكلب) ونحوه من السباع بعد ثبوت تعلمه (لم يؤكل) هذا الصيد ، لأنه علامة الجهل ، وكذا ما يصيده بعده حتى يصير معلماً ، وأما ما صاده قبله فما أكل منها لا تظهر فيه الحرمة لعدم المحلية ، وما لم يأكل يحرم عنده ، خلافاً لهما ، وتمامه فى الهداية (وإن أكل منه البازى أُكِلَ) لأن الترك ليس شرطاً فى علمه (وإن أدرك المرسِلُ) أو

الصَّيْدَ حَيًّا وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يُذَكِّيَهُ، فَإِنْ تَرَكَ تَذْكِيَتَهُ حَتَّى مَاتَ لَمْ يُؤْكَلْ
وَإِنْ خَنَقَهُ الْكَلْبُ وَلَمْ يَجْرَحْهُ لَمْ يُؤْكَلْ، وَإِنْ شَارَكَهُ كَلْبٌ غَيْرُ مُعَلَّمٍ

الرامى كما يأتى (الصيد حيا وجب عليه أن يذكيه) لأنه قدر على الذكاة الاختيارية فلا تجزىء الاضطرارية لعدم الضرورة (فإن ترك التذكية حتى مات) وكان فيه حياة فوق حياة المذبوح بأن يعيش مدة كاليوم أو نصفه كما فى البدائع (لم يؤكل) لأنه مقدور على ذبحه ولم يذبح ، فصار كالميتة . أطلق الإدراك فشمل ما إذا لم يتمكن من ذبحه لفقد آلة أو ضيق الوقت كما هو ظاهر الرواية ، قال فى الهداية : إذا وقع الصيد فى يده ولم يتمكن من ذبحه ، وفيه من الحياة فوق مايكون فى المذبوح ، لم يؤكل فى ظاهر الرواية ، وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يحل ، اه ومثله فى الينابيع ، وزاد : وروى عن أصحابنا الثلاثة أنه يؤكل استحسانا ، وقيل : هذا أصح ، اه . وقيدنا بما فوق حياة المذبوح ، لأنه إذا أدرك به حياة مثل حياة المذبوح لا تلزم تذكيته ، لأنه ميت حكما ، ولهذا لو وقع فى الماء فى هذه الحالة لايحرم . كما إذا وقع وهو ميت ، وقيل : هذا قولهما ، أما عند أبى حنيفة لايؤكل أيضاً ؛ لأنه وقع حيا فلايحل إلا بذكاة الاختيار كما فى الهداية والاختيار (وإن خنقه الكلب) أوصدمه بصدره أو جبهته فقتله (ولم يجرحه لم يؤكل) فى ظاهر الرواية ، لأن الجرح شرط. قال الإسبيجابى : وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يؤكل ، وهو رواية عن أبى يوسف ، والصحيح ظاهر المذهب ، اه. وفى العناية والمعراج وغيرهما : والفتوى على ظاهر الرواية اه . قال فى الهداية : وهذا يدلك على أنه لايحل بالكسر ، وعن أبى حنيفة إذا كسر عضواً فقتله لابأس بأكله لأنه جراحة باطنة ، فهى كالجراحة الظاهرة ، وجه الأول أن المعتبر جرح ينتهض سبباً لإنهار الدم ، ولا يحصل ذلك بالكسر ؛ فأشبه التخنيق ، اه (وإن شاركه) : أى شارك الكلب المعلم المرسَل ممن تؤكل ذبيحته المصحوب بالتسمية (كلب غير معلم

أَوْ كَلْبُ مَجُوسِيٍّ أَوْ كَلبٌ لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللهِ تَعَالَى عَلَيْهِ لَمْ يُؤْكَلْ .

وَإِذَا رَمَى الرَّجُلُ سَهْماً إلى صَيْدٍ فَسَمَّى عِنْدَ الرَّمْيِ أُكِلَ مَا أَصَابَ إذا جَرَحَهُ السَّهْمُ فَمَاتَ ، وَإِنْ أَدْرَكَهُ حَيًّا ذَكَّاهُ ، وَإِنْ تَرَكَ تَذْكِيَتَهُ حَتَّى مَاتَ لَمْ يُؤْكَلْ ، وَإِنْ وَقَعَ السَّهْمُ فَتَحَامَلَ حَتَّى غَابَ عَنْهُ وَلَمْ يَزَلْ فِي طَلَبِهِ حَتَّى أَصَابَهُ مَيِّتاً أُكِلَ ، وَإِنْ قَعَدَ عَنْ طَلَبِهِ ثُمَّ أَصَابَهُ مَيِّتاً لَمْ يُؤْكَلْ ، وَإِذا رَمَى صَيْداً فَوَقَعَ فِي الْمَاءِ فَمَاتَ لَمْ يُؤْكَلْ ،

أو كلب مجوسى لم يذكر اسم الله عليه) عمداً (لم يؤكل) ، لأنه اجتمع المبيح والمحرم، فتغلب جهة المحرم احتياطا كما فى الاختيار (وإذا رمى الرجل سهماً إلى صيد فسمى عند الرمى أكل ما أصاب) السهم (إذا جرحه السهم فمات) ؛ لأنه ذابح بالرمى، لكون السهم آلة له ، فتشترط التسمية عنده ، وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ، ولا بد من الجراحة ، ليتحقق معنى الذكاة على ما بيَّنَّا ، هداية (وإن أدركه حيا ذكاه ، وإن ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل) كما تقدم آنفا (وإذا وقع السهم) بالصيد (فتحامل) : أى ذهب بالجرح ، قال فى المغرب: التحامل بالشىء أن يتكلفه على مشقة وإعياء ، يقال: تحاملت فى المشى، ومنه ضربه ضربا يقدر على التحامل معه ، أى على المشى مع التكلف ، ومنه ربما يتحامل الصيد و يطير ، أى يتكلف الطيران ، اه (حتى غاب) الصيد (عنه و) لكن (لم يزل)الرامى (فى طلبه حتى أصابه ميتاً) وليس به إلا أثر سهمه (أكل) ؛ لأنه غير مفرط ، وقد ذكاه الذكاة الضرورية ؛ فيحال الموت إليها (وإن كان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً لم يؤكل) ؛ لاحتمال موته بسبب آخر ، والموهوم فى هذا الباب كالمحقق ، إلا أنه سقط اعتباره مادام فى طلبه ضرورة أنه لا يعرى الاصطياد عنه ، ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه . قيدنا بأنه ليس به إلا أثر سهمه ، لأنه لو وجد به جراحا أخرى حرم ، لاحتمال موته منها ، والجواب فى إرسال الكلب فى هذا كالجواب فى الرمى فى جميع ما ذكرنا كما فى الهداية (وإذا رمى صيداً فوقع فى الماء فمات لم يؤكل)

وَكَذَلِكَ إِنْ وَقَعَ عَلَى سَطْحٍ أَوْ جَبَلٍ ثُمَّ تَرَدَّى مِنْهُ إِلَى الْأَرْضِ لَمْ يُؤْكَلْ ، وَإِنْ وَقَعَ عَلَى الْأَرْضِ ابْتِدَاءً أُكِلَ .

وَمَا أَصَابَ الْمِعْرَاضُ بِعَرْضِهِ لَمْ يُؤْكَلْ ، وَإِنْ جَرَحَهُ أُكِلَ ، وَلَا يُؤْكَلُ مَا أَصَابَتْهُ الْبُنْدُقَةُ إِذَا مَاتَ مِنْهَا .

لاحتمال موته بالغرق (وكذلك إن وقع على سطح أو جبل ثم تردّى منه إلى الأرض) ؛ لاحتمال موته من التردى (وإن وقع) الصيد (على الأرض ابتداء أكل) لأنه لا يمكن الاحتراز عنه ، وفى اعتباره محرّما سد باب الاصطياد ، بخلاف ماتقدم ، لأنه يمكن الاحتراز عنه ، فصار الأصل : أن سبب الحرمة والحل إذا اجتمعا وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطاً ، وإن كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه ، لأن التكليف بحسب الوسع . هداية .

(وما أصاب المعراض بعرضه لم يؤكل) لأنه لا يجرح ، والجرح لابد منه ليتحقق معنى الذكاة على ماقدمناه (وإن) أصاب بحده و (جرحه أكل) لتحقق معنى الذكاة . قيدنا بالجرح بالحد لأنه لو جرحه بعرضه فمات لم يؤكل ، لقتله بثقله . والمعراض هو : سهم لا ريش له كما فى المغرب ، وفى الجوهرة : المعراض عصا محددة الرأس ، وقيل : هو السهم المنحوت من الطرفين (ولا يؤكل ما أصابته البندقة) بضم الباء والدال طينة مدورة يرمى بها ، مغرب (إذا مات منها) ، لأنها تدق وتكسر ولا تجرح ، فصارت كالمعراض إذا لم يجرح ، وكذلك إذا رماه بحجر ، قال فى الهداية : وكذلك إن جرحه إذا كان ثقيلا ولو به حدة لاحتمال أنه قتله بثقله ، وإن كان خفيفا وبه حدة يحل ، لتيقن الموت بالجرح ، ثم قال : والأصل فى هذه المسائل أن الموت إن كان مضافا إلى الجرح بيقين كان الصيد حلالا ، وإذا كان مضافاً إلى الثقل بيقين كان حراماً ، وإن وقع الشك كان حراماً

وَإذا رَمَى إلى صَيْدٍ فَقَطَعَ عُضْواً مِنْهُ أُكِلَ ، وَلاَ يُؤْكَلُ الْعُضْوُ وَإنْ قَطَعَهُ أثلاثاً وَالأكْثَرُ مِمَّا يَلِي الْعَجُزَ أُكِلَ ، وَإنْ كَانَ الأكْثَرُ مِمَّا يَلِي الرَّأسَ أُكِلَ الأكْثَرُ ، وَلا يُؤْكَلُ الأقَلُّ ، وَلاَ يُؤْكَلُ صَيْدُ الْمَجُوسِيِّ وَالْمُرْتَدِّ وَالْوَثَنِيِّ .

وَمَنْ رَمَى صَيْداً فَأصَابَهُ وَلَمْ يُثْخِنْهُ وَلَمْ يُخْرِجْهُ مِنْ حَيِّزِ الامْتِنَاعِ فَرَمَاهُ آخَرُ فَقَتَلَهُ فَهُوَ لِلثَّانِي ، وَيُؤْكَلُ ،

احتياطاً ، والحديد وغيره سواء ، اهـ مع بعض تغيير (وإذا رمى إلى صيد فقطع عضواً منه أكل) ذلك الصيد ؛ لوجود الجرح (ولا يؤكل العضو) المقطوع لقوله صلى الله عليه وسلم « ما أبين من الحي فهو ميت » والعضو بهذه الصفة لأن المبان منه حي حقيقة لقيام الحياة ، وكذا حكما لأنه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ، جوهرة (وإن قطعه أثلاثا و) كان (الأكثر مما يلي العجز) أوقده نصفين ، أو قطع نصف رأسه أو أكثره (أكل) الكل ؛ لأن في هذه الصور لا يمكن فيه حياة فوق حياة المذبوح ، فلم يتناوله الحديث المذكور ، بخلاف ما إذا كان الأكثر مما يلي الرأس لإمكان الحياة فوق حياة المذبوح ؛ فيحل ما مع الرأس ويحرم العجز ؛ لأنه مبان من الحي كاسر .

(ولا يؤكل صيد المجوسي والمرتد والوثني) ، لأنهم ليسوا من أهل الذكاة كما يأتي ، وذكاة الاضطرار كذكاة الاختيار .

(ومن رمى صيداً فأصابه ولم يثخنه) : أي لم يوهنه (ولم يخرجه من حيز الامتناع) عن الأخذ (فرماه آخر فقتله) أو أثخنه وأخرجه عن حيز الامتناع (فهو للثاني) ؛ لأنه الآخذ ، وقد قال عليه الصلاة والسلام : « الصيد لمن أخذه » ، هداية (ويؤكل) : أي ذلك الصيد ، لأنه ما لم يخرج عن حيز الامتناع فذكاته ضرورية

وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ أَثْخَنَهُ فَرَمَاهُ الثَّانِي فَقَتَلَهُ لَمْ يُؤْكَلْ ، وَالثَّانِي ضَامِنٌ لِقِيمَتِهِ لِلْأَوَّلِ غَيْرَ مَا نَقَصَتْهُ جِرَاحَتُهُ .

وَيَجُوزُ اصْطِيَادُ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ مِنَ الْحَيَوَانِ وَمَا لَا يُؤْكَلُ .

وَذَبِيحَةُ الْمُسْلِمِ وَالْكِتَابِيِّ حَلَالٌ ، ولا تُؤْكَلُ ذَبِيحَةُ الْمَجُوسِيِّ

وقد حصلت ، قال في الهداية : وهذا إذا كانت الرمية الأولى بحال ينجو منه الصيد ، لأنه حينئذ يكون الموت مضافا إلى الرمي الثاني ، اه (وإن كان) الرامي (الأول أثخنه) بحيث أخرجه عن حيز الامتناع (فرماه الثاني فقتله لم يؤكل) لاحتمال الموت بالثاني وهذا ليس بذكاة ، للقدرة على ذكاة الاختيار ، بخلاف الوجه الأول ، هداية (و) الرامي (الثاني ضامن لقيمته للأول) ؛ لأنه بالرمي أتلف صيداً مملوكاً للغير ، لأن الأول ملكه بالرمي المثخن (غير ما نقصته جراحته) ، لأنه أتلفه وهو جريح ، وقيمة المتلف تعتبر يوم الإتلاف .

(ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان) ، لأنه سبب للانتفاع بلحمه ، وبقية أجزائه (و) كذا (ما لا يؤكل) ، لأنه سبب للانتفاع بجلده أو شعره أو قرنه أو لاستدفاع شره .

(وذبيحة المسلم والكتابي) إذا كان يعقل التسمية والذبح ويضبطه ، وإن كان صبياً أو مجنونا أو امرأة كما في الهداية (حلال) ، لوجود شرطه ، وهو : كون الذابح صاحب ملة التوحيد : إما اعتقاداً كالمسلم ، أو دعوى كالكتابي ، هداية (ولا تؤكل ذبيحة المجوسي) لقوله صلى الله عليه وسلم : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم » ، ولأنه لا يدعي التوحيد ، فانعدمت الملة اعتقاداً ودعوى ، هداية

وَالْمُرْتَدِّ وَالْوَثَنِيِّ وَالْمُحْرِمِ ، وَإِنْ تَرَكَ الذَّابِحُ التَّسْمِيَةَ عَمْداً فَالذَّبِيحَةُ مَيْتَةٌ لاَ تُؤْكَلُ ، وَإِنْ تَرَكَهَا نَاسِياً أُكِلَتْ .

(والمرتد) لأنه لاملة له (والوثنى) لأنه لايعتقد الملة (والمحرم) بأحد النسكين ، قال فى الهداية : يعنى من الصيد ، وكذا لايؤكل ماذبح فى الحرم من الصيد ، والإطلاق فى المحرم ينتظم الحل والحرم ، والذبح فى الحرم يستوى فيه الحلال والمحرم ، وهذا لأن الذكاة فعل مشروع ، وهذا الصنيع محرم ، فلم تكن ذكاة . اهـ .

(وإن ترك الذابح التسمية عمداً) مسلماً كان أو كتابيا (فذبيحته ميتة لاتؤكل) لقوله تعالى « ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه » الآية (وإن تركها ناسياً أكلت) ، لأن فى تحريمه حرجاً عظيما ، لأن الإنسان قلما يخلو عن النسيان ، فكان فى اعتباره حرج ، والحرج مدفوع ، ولأن الناسى غير مخاطب بما نسيه بالحديث[1] ، فلم يترك فرضا عليه عند الذبح ، بخلاف العامد كما فى الاختيار . قال فى الهداية : ثم التسمية فى ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح ، وهى على المذبوح ، وفى الصيد عند الإرسال والرمى ، وهى على الآلة ، لأن المقدور له فى الأول الذبح ، وفى الثانى الرمى والإرسال دون الإصابة ، فتشترط عند فعل مايقدر عليه ، حتى إذا أضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لايجوز ، ولو رمى الصيد وسمى وأصاب غيره حلّ ، وكذا فى الإرسال ، ولو أضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بأخرى أكل ، ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيداً لايؤكل ، اهـ وفيها أيضاً : والشرط فى التسمية هو الذكر الخالص المجرد ، فلو قال عند الذبح « اللهم اغفرلى » لايحل ؛ لأنه دعاء وسؤال ، ولو قال « الحمد لله » أو « سبحان الله » يريد التسمية حل ؛ ولو عطس عند الذبح فقال « الحمد لله » لايحل فى أصح الروايتين ؛ لأنه يريد الحمد لله على نعمة العطاس دون التسمية ، وما تداولته الألسن عند الذبح — وهو « بسم الله والله أكبر » — منقول عن ابن عباس ، اهـ

---

(١) هو قوله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان »

وَلاَ تُجزِىءُ مَقْطُوعَةُ الْأُذُنِ وَالذَّنَبِ ، وَلاَ الَّتِى ذَهَبَ أَكْثَرُ أُذُنِهَا ، فَإِنْ بَقِيَ الأكْثَرُ مِنَ الْأُذُنِ وَالذَّنَبِ جَازَ

وَيَجُوزُ أَنْ يُضَحَّى بِالْجَمَّاءِ وَالْخَصِيِّ وَالْجَرْبَاءِ وَالثَّوْلاءِ .

وَالأُضْحِيَّةُ مِنَ الْإِبِلِ وَالبقر وَالغَنَم ، يُجْزِىءُ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ الثَّنِيُّ فَصَاعِداً إِلاَّ الضَّأْنَ فَإِنَّ الجَذَعَ مِنْهُ يُجْزِىءُ .

لا مخ فى عظامها (ولا تجزىء مقطوعة الأذن ، و) لا مقطوعة (الذنب ، ولاالتى ذهب أكثر أذنها) أو ذنبها (فإن بقى الأكثر من الأذن والذنب جاز) : لأن للأكثر حكم الكل بقاء وذهابا ، ولأن العيب اليسير لايمكن التحرز عنه فجعل عفواً .

(ويجوز أن يضحى بالجماء)وهى التى لاقرن لها ، لأن القرن لايتعلق به مقصود ، وكذامكسورة القرن لماقلنا ، هداية(والخصى) لأن لحمه أطيب(والجرباء) السمينة ، لأن الجرب يكون فى جلدها ، ولا نقصان فى لحمها، بخلاف المهزولة ، لأن الهزال يكون فى لحمها (والثولاء) وهى المجنونة ؛ وقيل : هذا إذا كانت تعتلف ، لأنه لا يخل بالمقصود ، أما إذا كانت لا تعتلف لاتجزئه ، هداية . ثم قال : وهذاالذى ذكرناه إذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ، ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع : إن كان غنيا غيّرها وإن كان فقيراً تجزئه ، وتمامه فيها .

(والاضحية) إنما تكون (من الإبل والبقر والغنم)فقط ، لأنها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبى صلى الله عليه وسلم ولا من الصحابة رضى الله عنهم ، هداية (يجزئ من ذلك كله الثنى) وهو ابن خمس من الإبل ، وحولين من البقر والجاموس ، وحول من الضأن والمعز (فصاعداً ، إلا الضأن فإن الجذع) وهو ابن ستة أشهر (منه يجزئ) قالوا : وهذا إذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنايا يشتبه على الناظر من بعيد ، هداية

وَالعُرُوقُ الَّتِي تُقْطَعُ فِي الذَّكَاةِ أَرْبَعَةٌ : الحُلْقُومُ ، والمَرِيءُ ، والوَدَجَانِ ، فَإِذَا قَطَعَهَا حَلَّ الأَكْلُ ، وَإِنْ قَطَعَ أَكْثَرَهَا فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : لا بُدَّ مِنْ قَطْعِ الحُلْقُومِ والمَرِيءِ وَأَحَدِ الوَدَجَيْنِ .

إن كان الذبح فوق العقدة قطع ثلاثة من العروق، فالحق ماقاله شراح الهداية تبعاً للرستغفنى و إلا فالحق خلافه، إذ لم يوجد شرط الحل باتفاق أهل المذهب ، و يظهر ذلك بالمشاهدة أو سؤال أهل الخبرة ، فاغتنم هذا المقال ، ودع عنك الجدال ، اه (والعروق التي تقطع فى الذكاة أربعة : الحلقوم) بفتح الحاء - أصله «الحلق» زيد الواو والميم كما فى المقاييس مجرى النفس لاغير ، قهستانى (والمرىء) وزان كريم - رأس المعدة والكرش اللازق بالحلقوم ، يجرى فيه الطعام والشراب ، ومنه يدخل فى المعدة ، وهو مهموز ، وجمعه مُرُؤ - بضمتين - مثل بريد و بُرُدٍ ، وحكى الأزهرى الهمز والإبدال والإدغام مصباح. (والودجان) تثنية ودج - بفتحتين - عرقان عظيمان فى جانبى قدام العنق بينهما الحلقوم والمرىء ، قهستانى (فإن قطعها) : أى العروق الأربعة (حل الأكل) اتفاقاً ، (و إن قطع أكثرها) يعنى ثلاثة منها أىّ ثلاثة كانت (فكذلك) : أى حل الأكل (عند أبى حنيفة ، وقالا : لابد من قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين) قال فى الجوهرة : والمشهور فى كتب أصحابنا أن هذا قول أبى يوسف وحده ، اه وكذا قال الزاهدى وصاحب الهداية، ثم قال : وعن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد، وهو رواية عن الإمام ، لأن كل فرد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره، ولورود الأمر بفريه فيعتبر أكثر كل واحد منها ، اه ، قال فى زاد الفقهاء : والصحيح قول أبى حنيفة ، واعتمده الإمام المحبوبى والنسفى وغيرهما ، تصحيح .

وَيَجُوزُ الذَّبْحُ بِاللِّيطَةِ وَالْمَرْوَةِ ، وَبِكُلِّ شَيْءٍ أَنْهَرَ الدَّمَ إِلاَّ السِّنَّ الْقَائِمَ وَالظُّفُرَ الْقَائِمَ .

وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُحِدَّ الذَّابِحُ شَفْرَتَهُ ، وَمَنْ بَلَغَ بِالسِّكِّينِ النُّخَاعَ ، أَوْ قَطَعَ الرَّأْسَ كُرِهَ لَهُ ذَلِكَ ، وَتُؤْكَلُ ذَبِيحَتُهُ ، وَإِنْ ذَبَحَ الشَّاةَ مِنْ قَفَاهَا ، فَإِنْ بَقِيَتْ حَيَّةً حَتَّى قَطَعَ الْعُرُوقَ جَازَ وَيُكْرَهُ .

(ويجوز الذبح بالليطة) بكسر اللام وسكون الياء — هي قشر القصب اللازق كما في حاشية الحموى (والمروة) بفتح الميم — كما في المنح عن أخى زاده ، قال في الجوهرة : والمروة واحدة المرو ، وهي حجارة بيض براقة تقدح منها النار ، اهـ (وبكل شيء) له حِدَّة تذبح به بحيث إذا ذبح به فرى الأوداج (أنهر) أى أسال (الدم) ؛ لأن ذلك حقيقة الذبح (إلا السن القائم) : أى غير المنزوع (والظفر القائم) فإنه لا يحل — وإن فرى الأوداج وأنهر الدم — بالإجماع ؛ للنص ، ولأنه يقتل بالثقل ، لأنه يعتمد عليه . قيد بالقائم لأن المنزوع إذا عمل عمل السكين حل عندنا وإن كره ، قهستانى .

(ويستحب أن يحد الذابح شفرته) بالفتح — السكين العظيم ، وأن يكون قبل الإضجاع ، وكره بعده (ومن بلغ بالسكين النخاع) بتثليث النون — هو خيط أبيض في جوف الفقار ، يقال : ذبحه فنخعه ، أى جاوز منتهى الذبح إلى النخاع كما في الصحاح (أو قطع الرأس) قبل أن تسكن (كره له ذلك) لما فيه من زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة ، وهو منهيٌّ عنه (وتؤكل ذبيحته) ؛ لأن كراهة الفعل لا توجب التحريم (وإن ذبح الشاة من قفاها فإن بقيت حية حتى قطع العروق) اللازم قطعها (جاز) وحلت ، لتحقق الموت بما هو ذكاة (و) لكن (يكره)

وَإِنْ مَاتَتْ قَبْلَ قَطْعِ الْعُرُوقِ لَمْ تُؤْكَلْ .

ومااسْتَأْنَسَ مِنَ الصَّيْدِ فَذَكَاتُهُ الذَّبْحُ ، وَمَاتَوَحَّشَ مِنَ النَّعَمِ فَذَكَاتُهُ العَقْرُ والجَرْحُ .

وَالْمُسْتَحَبُّ فِي الْإِبِلِ النَّحْرُ ، فَإِنْ ذَبَحَهَا جَازَ وَيُكْرَهُ .

وَالْمُسْتَحَبُّ فِي الْبَقَرِ والغَنَمِ الذَّبْحُ ، فَإِنْ نَحَرَهُمَا جَازَ وَيُكْرَهُ .

وَمَنْ نَحَرَ نَاقَةً أَوْ ذَبَحَ بَقَرَةً أَوْ شَاةً ، فَوَجَدَ فِي بَطْنِهَا جَنِينًا مَيِّتًا لَمْ يُؤْكَلْ أَشْعَرَ أَوْ لَمْ يُشْعِرْ .

ذلك ، لما فيه من زيادة التعذيب من غير حاجة كما مر (وإن ماتت) الشاة (قبل قطع العروق لم تؤكل) لوجود الموت بما ليس بذكاة.

(وما استأنس من الصيد) وصار مقدورا عليه (فذكاته الذبح) لأن ذكاة الاضطرار إنما يُصَار إليها عند العجز عن ذكاة الاختيار ، ولا عجز إذا استأنس وصار مقدوراً عليه (وما توحش من النعم) وصار ممتنعاً لا يقدر عليه (فذكاته) ذكاة الضرورة (العقر والجرح) لتحقق العجز .

(والمستحب فى الإبل النحر) فى اللبة ، وهو موضع القلادة من الصدر ، لموافقة السنة المتوارثة ، ولاجتماع العروق فيها فى المنحر (فإن ذبحها) من الأعلى (جاز ، و) لكن (يكره) لمخالفته السنة (والمستحب فى البقر والغنم الذبح) من أعلى العنق ، لأنه المتوارث ، ولاجتماع العروق فيهما فى الذبح (فإن نحرهما) من أسفل العنق (جاز ، و) لكن (يكره) لمخالفة السنة .

(ومن نحر ناقة أو ذبح بقرة أو شاة فوجد فى بطنها جنيناً ميتاً لم يؤكل) سواء كان (أشعر أو لم يشعر) يعنى تم خلقه أو لم يتم ، لأنه لا يشعر إلا بعد تمام

وَلاَ يَجُوزُ أَكْلُ كُلِّ ذِى نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ ، وَكُلِّ ذِى مِخْلَبٍ مِنَ الطَّيْرِ ، وَلاَ بَأْسَ بِغُرَابِ الزَّرْعِ ، وَلاَ يُؤْكَلُ الأَبْقَعُ الَّذِى يَأْكُلُ الْجِيفَ ،

الخلق ، قال فى الهداية : وهذا عند أبى حنيفة ، وهو قول زفر والحسن بن زياد ، وقال أبو يوسف ومحمد : إذا تم خلقه أكل . اه . قال فى التصحيح : واختار قول أبى حنيفة الإمام البرهانى والنسفى وغيرهما ، اه

(ولا يجوز أكل كل ذى ناب) يصيد به (من السباع) بيان لذى ناب ، والسباع : جمع سبع ، وهو : كل حيوان مختطف منتهب جارح قاتل عادٍ عادة ، هداية ، (ولا كل ذى مخلب) بكسر الميم - يصيد به ، والمخلب : ظفر كل سبع من الماشى والطائر كما فى القاموس (من الطير) بيان لذى مخلب (ولا بأس بغراب الزرع) وهو المعروف بالزاغ ؛ لأنه يأكل الحب ، وليس من سباع الطير ، وكذا الذى يخلط بين أكل الحب والجيف كالعقعق وهو المعروف بالقاق ، على الأصح ، كما فى العناية وغيرها ، وفى الهداية : لا بأس بأكل العقعق ، لأنه يخلط فأشبه الدجاجة ، وعن أبى يوسف أنه يكره ؛ لأن غالب أكله الجيف (ولا يؤكل) الغراب (الأبقع الذى يأكل الجيف) جمع جيفة : جثة الميت إذ أراح[١] كما فى الصحاح ، قال القهستانى : أى لا يأكل إلا الجيفة وجثة الميت ، وفيه إشعار بأنه لو أكل من الثلاثة الجيفة والجثة والحب جميعا حلّ ولم يكره ، وقالا : يكره والأول أصح ، اه . وفى العناية : الغراب ثلاثة أنواع : نوع يلتقط الحب ولا يأكل الجيف ، وليس بمكروه ، ونوع لا يأكل إلا الجيف ، وهو الذى سماه المصنف الأبقع ، وإنه مكروه ، ونوع يخلط يأكل الحب مرة والجيف أخرى ، ولم يذكره فى الكتاب ، وهو غير مكروه عنده مكروه عند أبى يوسف ، اه

---

(١) تقول « أراح اللحم » إذا انتن ، ويقال أيضا « أراح الماء » وربما قيل « أروح الماء واللحم » بوزن أكرم من غير قلب على الأصل

وَيُكْرَهُ أَكْلُ الضَّبُعِ والضبِّ والحَشَرَاتِ كُلِّهَا .

ولا يَجُوزُ أَكْلُ لَحْمِ الحُمُرِ الأَهْلِيَّةِ والبِغَالِ ، وَيُكْرَهُ لَحْمُ الفَرَسِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، ولا بأسَ بِأَكْلِ الأَرْنَبِ .

وَإِذَا ذُبِحَ مَالا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ طَهُرَ لَحْمُهُ وجِلْدُهُ .

(ويكره) أى لا يحل (أكل الضبع) لأن له نابا (والضب) دابة تشبه الجرذون لورود النهى عنه ، ولأنه من الحشرات (والحشرات) وهى صغار دواب الأرض (كلها) : أى المائى والبرى كالضفدع والسلحفاة والسرطان والفأر والوزغ والحيات لأنها من الخبائث ، ولهذا لا يجب على المحرم بقتلها شىء (ولا يجوز أكل لحم الحمر) بضمتين (الأهلية) ، لورود النهى عنها (والبغال) ، لأنها متولدة من الحمر فكانت مثلها . قيد بالأهلية ، لأن الوحشية حلال وإن صارت أهلية ، وإن نزا أحدهما على الآخر فالحكم للأم كما فى النظم ، قهستانى (ويكره أكل لحم الفرس عند أبى حنيفة) قال الإمام الإسبيجابى : الصحيح أنها كراهة تنزيه ، وفى الهداية وشرح الزاهدى : ثم قيل : الكراهة عنده كراهة تحريم ، وقيل : كراهة تنزيه ، والأول أصح ، وقالا : لا بأس بأكله ، ورجحوا دليل الإمام ، واختاره المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة ، تصحيح (ولا بأس بأكل الأرنب) ، لأنه ليس من السباع ، ولا من آكلة الجيف ، فأشبه الظبى

(وإذا ذبح مالا يؤكل لحمه طهر) بفتح الهاء وضمها (لحمه وجلده) ، لأن الذكاة تؤثر فى إزالة الرطوبات والدماء السيالة ، وهى النجسة دون الجلد واللحم ، فإذا زالت طهرت كما فى الدباغ ، هداية . قال فى التصحيح : وهذا مختار صاحب الهداية ضمنا ، وقال كثير من المشايخ : يطهر جلده لا لحمه ، وهو الأصح كما فى الكافى والغاية

إِلاَّ الآدمِيَّ وَالخنزِيرَ ، فَإِنَّ الذَّكَاةَ لاَ تَعْمَلُ فِيهِمَا .

ولاَ يُؤْكَلُ مِنْ حَيَوَانِ الْمَاءِ إِلاَّ السَّمَكُ ، وَيُكْرَهُ أَكْلُ الطَّافِي مِنْهُ

وَلاَ بَأْسَ بِأَكْلِ الْجِرِّيثِ والْمَارِ مَاهِي .

وَيَجُوزُ أَكْلُ الجَرَادِ ، وَلاَ ذَكَاةَ لَهُ .

والنهاية وغيرها ، اه . (إلا الآدمى والخنزير ، فإن الذكاة لاتعمل فيهما) : الآدمى لكرامته وحرمته ، والخنزير لنجاسة عينه وإهانته كما فى الدباغ .

(ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك) لقوله تعالى « ويحرم عليهم الخبائث » وماسوى السمك خبيث (ويكره أكل الطافى منه) على وجه الماء الذى مات حَتْفَ أنفه ، وهو ما بَطْنه من فوق ، فلو ظهره من فوق فليس بطاف فيؤكل كما يؤكل مافى بطن الطافى ، ومامات بحر الماء وبرده وبِرَبْطِه فيه أو إلقاء شىء فموته بآفة ، در عن الوهبانية .

(ولا بأس بأكل) السمك (الجريث) بكسر الجيم وتشديد الراء ـ ويقال له الجرى : ضرب من السمك مُدَوَّر (والمار ماهى) ضرب من السمك فى صورة الحية ، قال فى الدرر : وخصَّهما بالذكر إشارة إلى ضعف مانقل فى المغرب عن محمد أن جميع السمك حلال غير الجريث والمار ماهى . اه .

(ويجوز أكل الجراد ، ولا ذكاة له) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « أحلت لنا ميتتان : السمك والجراد » .

وسئل الإمام على رضى الله تعالى عنه عن الجراد يأخذه الرجل وفيه الميت ، فقال : كله كله ، وهذا عُدَّ من فصاحته ، هداية

كتاب الأضحية

الْأُضْحِيَةُ وَاجِبَةٌ عَلَى كُلِّ حُرٍّ مُسْلِمٍ مُقِيمٍ مُوسِرٍ ، فِي يَوْمِ الْأَضْحَى عَنْ نَفْسِهِ وَوُلْدِهِ الصِّغَارِ ، يَذْبَحُ عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ شَاةً أَوْ يَذْبَحُ بَدَنَةً أَوْ بَقَرَةً عَنْ سَبْعَةٍ .

كتاب الأضحية

من ذكر الخاص بعد العام ، وفيها لغات : ضم الهمزة فى الأكثر ، وهى فى تقدير أفعولة ، وكسرها إتباعاً لكسرة الحاء ؛ والجمع أضاحى ، والثالثة ضَحِيَّة ، والجمع ضحايا ، مثل عطية وعطايا ، والرابعة أضحاة بفتح الهمزة ـ والجمع أَضْحَى ، مثل أَرْطَاة وأَرْطَى ، ومنه عيد الأضحى ، كذا فى المصباح .

(الأضحية) لغة : اسم لما يذبح وقت الضحى ، ثم كثر حتى صار اسماً لما يذبح فى أى وقت كان من أيام الأضحى ، من تسمية الشىء باسم وقته . وشرعاً : ذبح حيوان مخصوص فى وقت مخصوص بنية القُرْبة ، وهى (واجبة) قال فى التصحيح : وهذا قول أبى حنيفة ومحمد والحسن وزفر ، وإحدى الروايتين عن أبى يوسف ، وعنه أنها سنة ، وذكر الطحاوى أنه على قول أبى حنيفة واجبة ، وعلى قول أبى يوسف ومحمد سنة مؤكدة ، وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف ، وعلى قول أبى حنيفة اعتمد المصححون كالمحبوبى والنسفى وغيرهما ، اهـ (على كل حر مسلم مقيم) بمصر أو قرية أو بادية كما فى الجوهرة (موسر) يسار الفطرة (فى يوم الأضحى) أىْ يوم من أيامها الثلاثة الآتية ، لأنها مختصة بها (عن نفسه ، و) عن كل واحد من (وُلْده) بضم الواو ـ جمع وَلَد (الصغار) اعتباراً بالفطرة (يذبح عن كل واحد منهم شاة أو يذبح بدنة) من الإبل (أو بقرة عن سبعة) وكذا ما دونهم بالأولى ، فلو عن أكثر لم

وَلَيْسَ عَلَى الفَقِيرِ وَالْمُسَافِرِ أُضْحِيَّه ، وَوَقْتُ الأضْحِيَةِ يَدْخُلُ بِطُلُوعِ الفَجْرِ مِنْ يَوْمِ النَّحْرِ ؛ إلاّ أنه لا يَجُوزُ لِأهْلِ الأمْصَارِ الذّبْحُ حَتّى يُصَلِّيَ الإمَامُ صَلاَةَ العِيدِ ، فَأمّا أهْلُ السَّوَادِ فَيَذْبَحُون بَعْدَ الفَجْرِ ،

تُجْزِ عن أحد منهم ، قال في التصحيح : وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة ، قال في شرح الزاهدي : ويروى عنه أنه لا يجب عن ولده ، وهو ظاهر الرواية ، ومثله في الهداية . وقال الإسبيجابي : وهو الأظهر ، وإن كان للصغير مال اختلف المشايخ على قول أبي حنيفة ، والأصح أنه لا يجب ، وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي ، وجعله الصدر الشهيد ظاهر الرواية . وقال القدوري – وتبعه صاحب الهداية – : والأصح أنه يضحي من ماله ، ويأكل منه ما أمكنه ، ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه ، اهـ . (وليس على الفقير والمسافر أضحية) واجبة ، دفعاً للحرج ؛ أما الفقير فظاهر ، وأما المسافر فلأن أداءها يختص بأسباب تشق على المسافر وتفوت بمضي الوقت .

(ووقت الأضحية) لأهل الأمصار والقرى (يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر ، إلا أنه لا يجوز لأهل الأمصار الذبح) في اليوم الأول (حتى يصلي الإمام صلاة العيد) أو يخرج وقتها بالزوال ، لأنه يشترط في حقهم تقديم صلاة العيد على الأضحية أو خروج وقتها ، فإذا لم يوجد أحدهما لا تجوز الأضحية ، لفقد الشرط (فأما أهل السواد) أي القرى (فيذبحون بعد الفجر) لوجود الوقت وعدم اشتراط الصلاة لأنه لا صلاة عليهم ، وما عبر به بعضهم – من أن أول وقتها بعد صلاة العيد إن ذبح في مصر ، وبعد طلوع الفجر إن ذبح في غيره – قال القهستاني : فيه تسامح ، إذ التضحية عبادة لا يختص وقتها بالمصر وغيره ، بل شرطها ، فأول وقتها في حق المصري والقروي طلوع الفجر ، إلا أنه شرط لأهل المصر تقديم الصلاة عليها ، فعدم الجواز لفقد الشرط ، لا لعدم الوقت كما في المبسوط ، وإليه أشير في الهداية وغيرها ، اهـ . ثم المعتبر

وهيَ جَائِزَةٌ فِي ثَلاثَةِ أَيَّامٍ : يَوْمُ النَّحْرِ ، وَيَوْمَانِ بَعْدَهُ .

ولاَ يُضَحَّى بِالْعَمْيَاء والعَوْرَاء والعَرْجَاء ، الّتي لا تَمْشِي إلى الْمَنْسَكِ ، ولاَ الْعَجْفَاء .

فى ذلك مكان الأضحية ، حتى لو كانت فى السواد والمضحى فى المصر تجوز كما انشق الفجر ، وفى العكس لا يجوز إلا بعد الصلاة ، هداية . قيدنا باليوم الأول لأنه فى غير اليوم الأول لا يشترط تقديم الصلاة، وإن صليت فيه ، قال فى البدائع: وإن أخّر الإمام صلاة العيد فلا ذبح حتى ينتصف النهار ، فإن اشتغل الإمام فلم يصل أو ترك عمداً حتى زالت الشمس فقد حل الذبح بغير صلاة فى الأيام كلها ، لأنه لما زالت الشمس فقد فات وقت الصلاة ، وإنما يخرج الإمام فى اليوم الثانى والثالث على وجه القضاء ، والترتيب شرط فى الأداء لا فى القضاء ، كذا ذكره القدورى ، اه . وذكر نحوه الزيلعى عن المحيط .

(وهى جائزة فى ثلاثة أيام) وهى (يوم النحر ، ويومان بعده) ، لما روى عن عمر وعلى وابن عباس رضى الله عنهم ، قالوا: أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها، وقد قالوه سماعاً لأن الرأى لا يهتدى إلى المقادير ، وفى الأخبار تعارض فأخذنا بالمتيقن وهو الأقل، وأفضلها أولها كما قالوا ، ولأن فيه مسارعة إلى أداء القُرْبة وهو الأصل إلا لمعارض، ويجوز الذبح فى لياليها ، إلا أنه يكره ، لاحتمال الغلط فى ظلمة الليل ، وأيام النحر ثلاثة، وأيام التشريق ثلاثة ، والكل يمضى بأربعة ، أولها نحر لا غير ، وآخرها تشريق لا غير ، والمتوسطان نحر وتشريق ، هداية .

(ولا يضحى بالعمياء) الذاهبة العينين (والعوراء) الذاهبة إحداهما (والعرجاء) الماطلة إحدى القوائم ، إذا كانت بينة العَرَج ، وهى (التى لا تمشى إلى المنسك) بفتح العين وكسرها — الموضع الذى تذبح فيه النسائك (ولا العجفاء) أى المهزولة التى

وَالذَّبْحُ فِي الْحَلْقِ وَاللَّبَّةِ ،

(والذبح) الاختيارى (فى الحلق) وهو فى الأصل الحلقوم كما فى القاموس (واللبة) بالفتح والتشديد ، بوزن حبة ــ المنحر : أى من العقدة إلى مَبْدَأ الصدر ، وكلامُ التحفة والكافى وغيرهما يدل على أن الحلق يستعمل فى العنق بعلاقة الجزئية ، فالمعنى مبدأ الحلق : أى أصل العنق كما فى القهستانى ، فكلام المصنف محتمل للروايتين الآتيتين عن الجامع والمبسوط ، قال فى الهداية : وفى الجامع الصغير : لا بأس بالذبح فى الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله ، اهـ . وعبارة المبسوط : الذبح ما بين اللبة واللحيين كالحديث اهـ ، قال فى النهاية : وبينهما اختلاف من حيث الظاهر ؛ لأن رواية المبسوط تقتضى الحل فيما إذا وقع الذبح قبل العقدة ، لأنه بين اللبة واللحيين ، ورواية الجامع تقتضى عدمه ، لأنه إذا وقع قبلها لم يكن الحلق محل الذبح ؛ فكانت رواية الجامع مقيدة لإطلاق رواية المبسوط ، وقد صرح فى الذخيرة بأن الذبح إذا وقع أعلى من الحلقوم لا يحل ؛ لأن المذبح هو الحلقوم ، ولكن رواية الإمام الرستغفنى تخالف هذه حيث قال : هذا قول العوام وليس بمعتبر ، فتحل سواء بقيت العقدة مما يلى الرأس أو الصدر ، لأن المعتبر عندنا قطع أكثر الأوداج وقد وجد ، وكان شيخى يفتى بهذه الرواية ، ويقول : الرستغفنى إمام معتمد فى القول والعمل ، اهـ . وأيد الإتقانى هذه الرواية فى غاية البيان ، وشنَّع على من خالفها غاية التشنيع ، وقال : ألا ترى قول محمد فى الجامع «أو أعلاه» فإذا ذبح فى الأعلى لا بد أن تبقى العقدة تحت ، ولم يلتفت إلى العقدة فى كلام الله تعالى ولا كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم ، بل الذكاة بين اللبة واللحيين بالحديث ، وقد حصلت لا سيما على قول الإمام من الاكتفاء بثلاثة من الأربع أيا كانت ، ويجوز ترك الحلقوم أصلا ، فبالأولى إذا قطع من أعلاه و بقيت العقدة أسفل ، اهـ . ومثله فى المنح عن البزازية ، و به جزم صاحب الدرر والملتقى والعينى وغيرهم ، لكن جزم فى النقاية والمواهب والإصلاح بأنه لا بدَّ أن تكون العقدة مما يلى الرأس ، وإليه مال الزيلعى ، قال شيخنا : والتحرير للمقام أن يقال :

وَيأكُلُ مِنْ لَحْمِ الأضْحِيَّةِ ، ويُطْعِمُ الأغْنِياءَ والفُقَراءَ ، ويَدَّخِرُ .
ويُسْتَحَبُّ أنْ لا يَنْقُصَ الصَّدَقَةَ مِنَ الثُّلُث ، ويَتَصَدَّقُ بِجِلْدِها أوْ يَعْمَلُ مِنْهُ آلَةً تُسْتَعْمَلُ فِي البَيْت
والأفْضَلُ أنْ يذْبَحَ أضْحِيَّتَه بِيَدِهِ إنْ كَانَ يُحْسِنُ الذَّبْحَ ، ويُكْرَهُ أنْ يَذْبَحَها الكِتَابِيُّ .

(ويأكل) المضحى (من لحم الأضحية ، ويطعم الأغنية والفقراء ، ويدخر) لقوله صلى الله عليه وسلم : « كنت نهيتكم عن أكل لحوم الأضاحى ، فكلوا وادخروا » ولا يعطى أجر الجزار منها ، للنهى عنه كما فى الهداية .

(ويستحب) له (أن لا ينقص الصدقة من الثلث) لأن الجهات ثلاثة : الأكل ، والادخار ، لما روينا ، والإطعام ؛ لقوله تعالى : « وأطعموا القانع والمعتر » فانقسم عليها أثلاثاً ، هداية .

(ويتصدق بجلدها) لأنه جزء منها (أو يعمل منه آلة) كنطع وجراب وغربال ونحوها (تستعمل فى البيت) قال فى الهداية : ولا بأس بأن يشترى به ما ينتفع بعينه فى البيت مع بقائه ، استحساناً ، لأن للبدل حكم المبدل ، اه

(والأفضل أن يذبح أضحيته بيده ، إن كان يحسن الذبح) ، لأنه عبادة ، وفعلها بنفسه أفضل ، وإن كان لا يحسن الذبح استعان بغيره وشهدها بنفسه ، لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة رضى الله عنها « قومى فاشهدى أضحيتك فإنه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب » كما فى الهداية (ويكره أن يذبحها الكتابى) لأنها عمل هو قُرْبة ، وهو ليس من أهلها ، ولو أمره فذبح جاز ، لأنه من أهل الذكاة ، والقربة أقيمت بإنابته ونيته ، بخلاف ما إذا أمر المجوسى ، لأنه ليس من أهل الذكاة فكان إفساداً ، هداية .

وَإِذَا غَلِطَ رَجُلاَنِ فَذَبَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُضْحِيَّةَ الآخَرِ أَجْزَأَ عَنْهُمَا ، وَلاَ ضَمَانَ عَلَيْهِمَا .

(وإذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحية الآخر أجزأ عنهما) استحسانا ، لأنها تعينت للذبح ، فصار المالك مستعينا بكل مَنْ كان أهلا للذبح إذناً له دلالة ، فيأخذ كل واحد منهما مسلوخه من صاحبه (ولا ضمان عليهما) ، لأن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه فيما فعل دلالة ، فإن كانا قد أكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ، ويجزئهما ؛ لأنه لو أطعمه في الابتداء يجوز ، وإن كان غنيا ، فكذا له أن يحلله في الانتهاء ، وإن تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة ؛ لأنها بدل من اللحم ، فصار كما لو باع أضحيته ، وهذا لأن التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له ، ومن أتلف أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ، هداية .

قد تم ـ بعون الله وتوفيقه ـ الجزء الثالث من كتاب « اللباب » بشرح الكتاب » المشتمل على مقرر السنة الثالثة الإعدادية ، من المعاهد الدينية الأزهرية ؛ والحمد لله مستحق الحمد ومُلْهِمِهِ ، وصلاته وسلامُه على أفضل الخلق وأكرمه ، وعلى آله وصحبه وتابعيه ، ولا عُدْوَان إلا على الظالمين .

فهرس الجزء الثالث من كتاب

« اللباب ، بشرح الكتاب »

تمت فهرس الجزء الثالث من كتاب « اللباب ، بشرح الكتاب » المشتمل على مقرر السنة الثالثة الإعدادية من المعاهد الدينية الأزهرية ، والحمد لله رب العالمين ، وصلاته وسلامه على إمام المتقين ، وعلى آله وصحبه أجمعين .

اللباب

في شرح الكتاب

تأليف

الشيخ عبد الغني الغنيمي ، الدمشقي ، الميداني ، الحنفي
أحد علماء القرن الثالث عشر

على المختصر المشتهر باسم « الكتاب » الذي صنفه الإمام أبو الحسين
أحمد بن محمد ، القدوري ، البغدادي ، الحنفي ، المولود في عام ٣٣٢
والمتوفى في عام ٤٢٨ من الهجرة

من حفظ هذا الكتاب فهو أحفظ
أصحابنا ، ومن فهمه فهو أفهم أصحابنا .
أبو علي الشاشي

حققه ، وفصله ، وضبطه ، وعلق حواشيه
محمد محيي الدين عبد الحميد
عفا الله تعالى عنه

الجزء الرابع

المكتبة العلمية
بيروت - لبنان

بَيروت - لبنان

كتاب الأَيْمَانِ

الْأَيْمَانُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ : يَمِينٌ غَمُوسٌ ، وَيَمِينٌ مُنْعَقِدَةٌ ، وَيَمِينٌ لَغْوٌ
فَالْيَمِينُ الْغَمُوسُ هِيَ : الْحَلِفُ عَلَى أَمْرٍ مَاضٍ ، يَتَعَمَّدُ الْكَذِبَ فِيهِ ؛ فَهٰذِهِ الْيَمِينُ يَأْثَمُ بِهَا صَاحِبُهَا ، وَلَا كَفَّارَةَ فِيهَا إِلَّا الِاسْتِغْفَارُ .

كتاب الأيمان

(الأيمان) : جمع يمين ، وهو لغة : القوة ، وشرعا : عبارة عن عقد قوى به عزم الحالف على الفعل أو الترك .

وهى (على ثلاثة أضرب) : الأول (يمين غموس) بالتنكير ـ صفة ليمين ، من الغمس وهو الإدخال فى الماء ، سميت به لأنها تدخل صاحبها فى الإثم ثم فى النار ، وفى بعض النسخ «الغموس» بالتعريف على الإضافة إليه ، فيكون من إضافة الجنس إلى نوعه ؛ لكن قال فى المغرب : إن الإضافة خطأ لغة وسماعا (و) الثانى (يمين منعقدة) سميت به لعقد الحالف على البر بالقصد والنية (و) الثالث (يمين لغو) سميت به لأنها ساقطة لا مؤاخذة فيها إلا فى ثلاث: طلاق، وعتاق، ونَذْر، كما فى الأشباه

(فاليمين الغموس) وتسمى الفاجرة (هى الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب فيه) مثل أن يحلف على شىء قد فعله مافعله أو بالعكس، مع علمه بذلك ، وقد يقع على الحال ، مثل أن يحلف ماله ذا على دين ، وهو كاذب، فالتقييد بالماضى اتفاق أو أكثرى (فهذه اليمين يأثم بها صاحبها) لقوله صلى الله عليه وسلم « من حلف كاذبا أدخله الله النار » (ولا كفارة فيها إلا الاستغفار) مع التوبة ، لأنها ليست يمينا حقيقة ، لأن اليمين عقد مشروع ، وهذه كبيرة ، فلا تكون مشروعة ، وتسميتها يمينا مجاز ، لوجود صورة اليمين ، كما نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع الحر ، سماه بيعا مجازا كما فى الاختيار وغيره ، وفى المحيط : الغموس يأثم صاحبه به ، ولا يرفعه إلا التوبة النصوح والاستغفار ؛ لأنه أعظم من أن ترفعه الكفارة ، اه .

وَالْيَمِينُ الْمُنْعَقِدَةُ: هِيَ الْحَلِفُ عَلَى الْأَمْرِ الْمُسْتَقْبَلِ أَنْ يَفْعَلَهُ، أَوْ لَا يَفْعَلَهُ، فَإِذَا حَنِثَ فِي ذٰلِكَ لَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ .

وَالْيَمِينُ اللَّغْوُ: أَنْ يَحْلِفَ عَلَى أَمْرٍ مَاضٍ، وَهُوَ يَظُنُّ أَنَّهُ كَمَا قَالَ، وَالْأَمْرُ بِخِلَافِهِ ، فَهٰذِهِ نَرْجُو أَنْ لَا يُؤَاخِذَ اللهُ بِهَا صَاحِبَهَا .

وَالْقَاصِدُ فِي الْيَمِينِ وَالْمُكْرَهُ وَالنَّاسِي سَوَاءٌ .

وَمَنْ فَعَلَ الْمَحْلُوفَ عَلَيْهِ مُكْرَهًا أَوْ نَاسِيًا سَوَاءٌ .

(واليمين المنعقدة هي الحلف على الأمر المستقبل أن يفعله أو لا يفعله ، فإذا حنث في ذلك لزمته الكفارة) لقوله تعالى : « ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان » :

(واليمين اللغو : أن يحلف على أمر ماض) مثل أن يحلف على شيء أنه فعله أو لم يفعله (وهو يظن أنه كما قال ، و) كان (الأمر بخلافه) وقد يقع على الحال مثل أن يحلف أنه زيد و إنما هو عمرو ، فالفارق بينه و بين الغموس تعمد الكذب ، قال في الاختيار : وحكى محمد عن أبي حنيفة أن اللغو ما يجرى بين الناس من قولهم : لا والله ، و بلى والله ، اهـ . (فهذه) اليمين (نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها) وتعليق عدم المؤاخذة بالرجاء — وقد قال الله تعالى : « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم » — للاختلاف في تفسيره أو تواضعاً .

(والقاصد في اليمين والمكره) عليه (والناسي) أي المخطىء ، كما إذا أراد أن يقول «اسقني» فقال : والله لا أشرب (سواء) في الحكم ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : الطلاق ، والنكاح ، واليمين » هداية

(ومن فعل المحلوف عليه قاصداً أو مكرهاً) على فعله (أو ناسياً) لحلفه (سواء) في الحكم أيضاً ؛ لأن الفعل حقيقي لا يعدمه الإكراه والنسيان ، وكذا الإغماء والجنون ، فتجب الكفارة بالحنث كيف ما كان ؛ لوجود الشرط حقيقة ، و إن لم يتحقق الذنب ؛ لأن الحكم يدار على دليله — وهو الحنث — لا على حقيقة الذنب كما في الهداية .

٥

وَالْيَمِينُ بِاللهِ تعالَى، أوْ بِاسْمٍ مِنْ أسْمَائِهِ، كالرَّحْمٰنِ والرَّحِيمِ، أوْ بِصِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ، كَعِزَّةِ اللهِ وَجَلاَلِهِ وكِبْرِيائِهِ، إلاّ قَوْلَهُ «وَعِلْمِ اللهِ» فَإِنَّهُ لاَ يَكُونُ يَمِيناً، وَإِنْ حَلَفَ بِصِفَةٍ مِنْ صِفَاتِ الْفِعْلِ، كَغَضَبِ اللهِ وَسَخَطِهِ لَمْ يَكُنْ حَالِفاً.

وَمَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللهِ لَمْ يَكُنْ حَالِفاً، كَالنَّبِيِّ، والْقُرْآنِ، وَالْكَعْبَةِ.

(واليمين) إنما يكون (بالله تعالى) أى بهذا الاسم المعروف باسم الذات (أو باسم) آخر (من أسمائه) تعالى؛ سواء تعورف الحلف به أو لا على المذهب، وذلك (كالرحمن والرحيم) والعليم والحليم (أو بصفة من صفات ذاته) تعالى، وهى التى لا يوصف بضدها إذا تسورف الحلف بها، وذلك (كعزة الله وجلاله وكبريائه) وملكوته وجبروته وعظمته وقدرته، لأن الحلف بها متعارف، ومعنى اليمين — وهو القوة — حاصل، لأنه يعتقد تعظيم الله تعالى وصفاته، فصلح ذكره حاملا ومانعاً، هداية. (إلا قوله وعلم الله فإنه لا يكون يميناً) وإن كان من صفات ذاته تعالى؛ لأنه غير متعارف، ولأنه يذكر ويراد به المعلوم، يقال «اغفر لنا علمك فينا» أى معلومك، هداية. أى: ومعلوم الله تعالى غيره، فلا يكون يمينا، قالوا: إلا أن يريد به الصفة فإنه يكون يمينا، لزوال الاحتمال. جوهرة (وإن حلف بصفة من صفات الفعل) وهى التى يوصف بها وبضدها إذا لم يتعارف الحلف بها (كغضب الله وسخطه) ورضائه ورحمته (لم يكن حالفاً) لأن الحلف بها غير متعارف، ولأن هذه الصفات قد يراد بها أثرها. والحاصل أن الحلف بالصفة سواء كانت صفة ذات أو صفة فعل إن تعورف الحلف بها فيمين، وإلا فلا؛ لأن الأيمان مبنية على العرف (ومن حلف بغير الله) تعالى (لم يكن حالفاً) لقوله صلى الله عليه وسلم «من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليذر» وذلك (كالنبى والقرآن والكعبة) قال فى الهداية: لأنه غير متعارف، ثم قال: معناه أن يقول: والنبى، والقرآن، أما لو قال «أنا برىء منه» يكون يمينا؛ لأن التبرى منها

وَالْحَلِفُ بِحُرُوفِ الْقَسَمِ ، وحُرُوفُ الْقَسَمِ : الْوَاوُ كَقَوْلِهِ : وَاللهِ ، وَالْبَاء كَقَوْلِهِ : بِاللهِ ، والتّاء كَقَوْلِهِ : تَاللهِ ، وقَدْ تُضْمَرُ الْحُرُوفُ فَيَكُونُ حَالِفاً ، كَقَوْلِهِ « اللهِ لاَ أَفْعلُ كَذَا » وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا قَالَ « وَحَقِّ اللهِ » فَلَيْسَ بِحَالِفٍ

وَإِذَا قَالَ « أُقْسِمُ » أَوْ « أُقْسِمُ بِاللهِ » أَوْ « أَحْلِفُ » أَوْ « أَحْلِفُ بِاللهِ »

كفر ، اه : قال الكمال : ولا يخفى أن الحلف بالقرآن الآن متعارف فيكون يميناً ، وأما الحلف بكلام الله تعالى فيدور مع العرف . اه

(والحلف) إنما يكون (بحروف القسم ، وحروف القسم) ثلاثة ، وهى : (الواو كقوله والله ، والباء كقوله بالله ، والتاء كقوله تالله) ؛ لأن كل ذلك معهود فى الأيمان مذكور فى القرآن (وقد تضمر) هذه (الحروف فيكون حالفاً) وذلك (كقوله : الله لا أفعل كذا) لأن حذف حرف الجر من عادة العرب إيجازاً ، ثم قيل : ينصب لانتزاع حرف الخفض ، وقيل : يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف ، درر .

(وقال أبو حنيفة : إذا قال) مريد الحلف (وحق الله فليس بحالف) وهو قول محمد وإحدى الروايتين عن أبى يوسف ، وعنه رواية أخرى أنه يكون يميناً ؛ لأن الحق من صفات الله ، وهو حقيقة ، فصار كأنه قال والله الحق ، والحلف به متعارف ، ولهما أنه يراد به طاعة الله ؛ إذ الطاعات حقوقه ، فيكون حلفاً بغير الله ، هداية. قال الإسبيجابى : والصحيح قول أبى حنيفة ، وعليه مشى الأئمة كما هو الرسم ، تصحيح .

(وإذا قال أقسم أو أقسم بالله أو أحلف أو أحلف بالله) أو أعزم ، أو أعزم

أَوْ « أَشْهَد » أَوْ « أَشْهَد بِاللهِ » فَهُوَ حَالِفٌ ، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ « وَعَهْدِ اللهِ ، وَمِيثَاقِهِ ، وَعَلَى نَذْرٌ ، أَوْنَذْرٌ لِلهِ ، وَإِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَأَنَا يَهُودِيٌّ أَوْنَصْرَانِيٌّ أَوْ كَافِرٌ » فَهُوَ يَمِينٌ

وَإِنْ قَالَ « عَلَيَّ غَضَبُ اللهِ ، أَوْ سَخَطُهُ ، أَوْ أَنَازَانٍ ، أَوْ شَارِبُ خَمْرٍ ، أَوْ آكِلُ رِباً » فَلَيْسَ بِحَالِفٍ .

بالله (أو أشهد أو أشهد بالله فهو حالف) ؛ لأن هذه الألفاظ مستعملة فى الحلف ، وهذه الصيغة للحال حقيقة ، وتستعمل للاستقبال بقرينة ؛ فجعل حالفاً فى الحال ، هداية (وكذلك قوله وعهد الله ، وميثاقه) ؛ لأن العهد يمين ، قال تعالى « وأوفوا بعهد الله » والميثاق عبارة عن العهد (و) كذا قوله (على نذر أو) على (نذر لله) لقوله صلى الله عليه وسلم : « من نذر نذراً ولم يسم فعليه كفارة يمين » ، هداية (أو إن فعلت كذا فأنا يهودى أو نصرانى أو كافر فهو يمين) ، لأنه لما جعل الشرط علماً على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع ، وقد أمكن القول بوجوبه لغيره بجعله يميناً كما نقول فى تحريم الحلال ، ولو قال ذلك لشىء قد فعله فهو الغموس ، ولا يكفر اعتباراً بالمستقبل ، وقيل : يكفر ، لأنه تنجيز معنى ، فصار كما إذا قال : هو يهودى ، والصحيح أنه لا يكفر فيهما إن كان يعلم أنه يمين ، وإن كان عنده أنه يكفر بالحلف يكفر فيهما ، لأنه رضى بالكفر حيث أقدم على الفعل ، هداية . وفى شرح السرخسى : والفتوى على أنه إن اعتقد الكفر به يكفر ، وإلا فلا ، وصححه قاضيخان .

(وإن قال) : إن فعلت كذا (فعلى غضب الله أو سخطه أو أنا زان أو شارب خمر أو آكل ربا فليس بحالف) ، لأنه غير متعارف ، فلو تعورف هل يكون يميناً ؟ ظاهر كلامهم : نعم ، وظاهر كلام الكمال : لا ، وتمامه فى النهر .

وَكَفَّارَةُ الْيَمِينِ : عِتْقُ رَقَبَةٍ ، يُجْزِئُ فِيهَا مَا يُجْزِئُ فِي الظِّهَارِ ، وَإِنْ شَاءَ كَسَا عَشَرَةَ مَسَاكِينَ كُلَّ وَاحِدٍ ثَوْبًا فَمَا زَادَ ، وَأَدْنَاهُ مَا تُجْزِئُ فِيهِ الصَّلَاةُ ، وَإِنْ شَاءَ أَطْعَمَ عَشَرَةَ مَسَاكِينَ ، كَالْإِطْعَامِ فِي كَفَّارَةِ الظِّهَارِ ، فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى أَحَدِ الْأَشْيَاءِ الثَّلَاثَةِ صَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ ؛ فَإِنْ قَدَّمَ الْكَفَّارَةَ عَلَى الْحِنْثِ لَمْ يُجْزِهِ .

(وكفارة اليمين : عتق رقبة ، يجزىء فيها مايجزىء فى) كفارة (الظهار) أى رقبة مطلقة ، سواء كانت كافرةأو مسلمةصغيرة أو كبيرة ، كامر (وإن شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوباً) يصلح للأوساط وينتفع بهفوق ثلاثة أشهر (فمازاد) عليه (وأدناه)) أى : أدنى مايكفى فى الكفارة (ماتجزىء فيه الصلاة) قال فى الهدايةوشرح الزاهدى : المذكورفى الكتاب مروىعن محمد ، وعن أبى حنيفةوأبى يوسف أنأدناه مايستر عامة بدنه ، حتى لايجوز السراويل ، وهو الصحيح ؛ لأن لابسه يسمى عرياناً فى العرف ، لكن مالا يجزئه عن الكسوة يجزئه عن الإطعام باعتبار القيمة ، اه . (وإن شاء أطعم عشرة مساكين) كل مسكين نصف صاع من برأو دقيقه أوصاعاً من شعير أو تمراً وأكلتين مشبعتين (كالإطعام) المار (فى كفارة الظهار) والأصل فيه قوله تعالى : « فكفارته إطعام عشرة مساكين » الآية ، وكلمة « أو » للتخيير ؛ فكان الواجب أحدالأشياء الثلاثة ، هداية (فإن لم يقدر على أحد الأشياء الثلاثة) المذكورة (صام ثلاثة أيام متتابعات) ، لقوله تعالى : « فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام » وقرأ ابن مسعود رضى الله عنه « متتابعات » وهى كالخبر المشهور كما فى الهداية ، ويشترط استمرار العجز إلى الفراغ من الصوم ، فلو صام المعسر يومين ثم أيسر لايجوز ، ويستأنف بالمال ، كما فى الخانية .

(وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجزه) ذلك ؛ لعدم وجوبها بعد ، لأنها

وَمَنْ حَلَفَ عَلَى مَعْصِيَةٍ ، مِثْلُ أَنْ لا يُصَلِّيَ ، أَوْلاَ يُكَلِّمَ أَبَاهُ ، أَوْ لَيَقْتُلَنَّ فُلاَنًا ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَحْنَثَ وَيُكَفِّرَ عَنْ يَمِينِهِ .

وَإِذَا حَلَفَ الْكَافِرُ ثُمَّ حَنِثَ فِي حَالِ الْكُفْرِ ، أَوْ بَعْدَ إِسْلاَمِهِ ، فَلاَ حِنْثَ عَلَيْهِ .

وَمَنْ حَرَّمَ عَلَى نَفْسِهِ شَيْئًا مِمَّا يَمْلِكُهُ لَمْ يَصِرْ مُحَرَّمًا لِعَيْنِهِ ، وَعَلَيْهِ إِنِ اسْتَبَاحَهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ ،

إنما تجب بالحنث ، ثم لا يسترد من المسكين ، لوقوعه صدقة .

(ومن حلف على معصية) وذلك (مثل) حلفه على (أن لا يصلى ، أولا يكلم أباه ، أو ليقتلن فلانا) اليوم ، مثلا (فينبغي) بل يجب عليه (أن يحنث) نفسه (ويكفر عن يمينه) ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « من حلف على يمين ورأى غيرها خيراً منها فليأت بالذى هو خير ثم ليكفر عن يمينه » ، ولأن فى ذلك تفويت البر إلى جابر ، وهو الكفارة ، ولا جابر للمعصية فى ضده ، وإنما قيدنا باليوم لأن وجوب الحنث لا يتأتى إلا فى اليمين المؤقتة ، أما المطلقة فحنثه فى آخر حياته ، فيوصى بالكفارة بموت الحالف ، ويكفر عن يمينه بهلاك المحلوف عليه ، غاية .

(وإذا حلف الكافر ثم حنث فى حال الكفر أو بعد إسلامه فلا حنث عليه) ؛ لأنه ليس بأهل لليمين ؛ لأنها تعقد لتعظيم الله تعالى ، ومع الكفر لا يكون معظما ، ولا هو أهل للكفارة ؛ لأنها عبادة ، هداية .

(ومن حرم على نفسه شيئاً مما يملكه) وذلك كأن يقول : هذا الطعام علىّ حرام ، أو حرام علىّ أكله (لم يصر محرماً لعينه ، وعليه إن استباحه كفارة يمين) ؛ لأن اللفظ ينبىء عن إثبات الحرمة ، وقد أمكن إعماله بثبوت الحرمة لغيره بإثبات موجب اليمين؛ فيصار إليه ، هداية . وكذا لو كان حراما أو ملك غيره كقوله

فَإِنْ قَالَ «كُلُّ حَلَالٍ عَلَيَّ حَرَامٌ» فَهُوَ عَلَى الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ ، إِلاَّ أَنْ يَنْوِيَ غَيْرَ ذَٰلِكَ .

وَمَنْ نَذَرَ نَذْراً مُطْلَقاً فَعَلَيْهِ الْوَفَاءُ بِهِ ، وَإِنْ عَلَّقَ نَذْرَهُ بِشَرْطٍ فَوُجِدَ الشَّرْطُ فَعَلَيْهِ الْوَفَاءُ بِنَفْسِ النَّذْرِ . وَرُوِيَ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ رَجَعَ عَنْ ذَٰلِكَ وَقَالَ : إِذَا قَالَ «إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَعَلَيَّ حَجَّةٌ ، أَوْصَوْمُ سَنَةٍ ، أَوْ صَدَقَةُ مَاأَمْلِكُهُ» ، أَجْزَأَهُ مِنْ ذَٰلِكَ كَفَّارَةُ يَمِينٍ ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ .

الخمر أو مال فلان على حرام ، مالم يرد الإخبار ، خانية (فإن قال كل حلال) أو حلال الله ، أو حلال المسلمين (على حرام ؛ فهو على الطعام والشراب ، إلا أن ينوى غير ذلك) قال فى الهداية وشرح الزاهدى : وهذا كله جواب ظاهر الرواية، ومشايخنا قالوا : يقع به الطلاق من غير نية ؛ لغلبة الاستعمال ، وعليه الفتوى، اه . وفى الينابيع : ولو له أربع نسوة يقع على كل واحدة منهن طلقة ، فإن لم يكن له امرأة كانت يميناً وعليه كفارة يمين ، اه .

(ومن نذر نذراً مطلقاً) أى غير معلق بشرط ، وهو عبادة مقصودة ، وكان من جنسه واجبٌ (فعليه الوفاء به) أى : بما نذره ، لقوله صلى الله عليه وسلم : «من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى» ، هداية (وإن علق نذره بشرط) فوجد الشرط المعلق عليه (فعليه الوفاء بنفس النذر) الذى سماه لإطلاق الحديث ، ولأن المعلق بالشرط كالمنجَّز عنده (وروى أن أبا حنيفة رجع عن ذلك ، وقال) : (إذا قال) الناذر : (إن فعلت كذا فعلى حجة أو صوم سنة أو صدقة ما أملكه)، أو نحو ذلك (أجزأه من ذلك كفارة يمين ، وهو قول محمد) ويخرج عن العهدة

وَمَنْ حَلَفَ لاَيَدْخُل بَيْتاً فَدَخَلَ الْكَعْبَةَ ، أَوِالْمَسْجِدَ ، أَوِالْبِيعَةَ ، أَوِ الْكَنِيسَةَ لَمْ يَحْنَثْ .

وَمَنْ حَلَفَ لاَ يَتَكَلَّمُ فَقَرَأَ فِى الصَّلاَةِ لَمْ يَحْنَثْ .

وَمَنْ حَلَفَ لاَيَلْبَسُ ثَوْباًوهُوَ لاَ بِسُهُ فَنَزَعَهُفِى الْحَالِ لَمْ يَحْنَثْ ، وكَذَا إِذَا حلَف لاَ يَرْكَبُ هٰذِهِ الدَّابةَ وهُوَ رَاكِبُهَا فَنزَلَ فِى الحالِ

بالوفاء بما سمى أيضاً ، قال فى الهداية : وهذا إذا كان شرطاً لايريد كونه ؛ لأن فيه معنى اليمين ، وهو بظاهره نذر ، فيتخير و يميل إلى أى الجهتين شاء ، بخلاف ما إذا كان شرطاً يريد كونه ، كقوله : إن شفى الله مريضى ؛ لانعدام معنى اليمين فيه ، وهذا التفصيل هو الصحيح ، اه . وفى شرح الزاهدى : وهذا التفصيل أصح .

(ومن حلف لايدخل بيتا فدخل الكعبة أو المسجد أو البيعة أو الكنيسة لم يحنث) ؛ لأن البيت ماأعد للبيتوتة ، وهذه البقاع مابنيت لها ، وكذا الدهليز والظلة التى على الباب إذا لم يصلحا للبيتوتة ، بحر .

(ومن حلف لا يتكلم فقرأ فى الصلاة لم يحنث) اتفاقا ، وإن قرأ فى غير الصلاة حنث ، وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير ؛ لأنه فى الصلاة ليس بكلام عرفا ولا شرعا ، وقيل : فى عرفنا لا يحنث مطلقاً ؛ لأنه لايسمى متكلماً ، بل قارئاً ومسبحاً كما فى الهداية ، ورجح هذا القول فى الفتح للعرف ، وعليه الدرر والملتقى ، وقواه فى الشرنبلالية قائلا : ولا عليك من أكثرية التصحيح له مع مخالفة العرف .

(ومن حلف لا يلبس ثوباً معيناً وهو لابسه فنزعه فى الحال) من غير تراخ (لم يحنث) ؛ لوجود البر بحسب الوسع ؛ لأن ماليس فى وسعه مستثنى عرفا ؛ إذ اليمين تعقد للبر لا للحنث (وكذلك إذ حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل فى الحال) لم يحنث ، أولايسكن هذه الدار وهو ساكنها فأخذ فى

وَإِنْ لَبِثَ سَاعَةً حَنِثَ ، وَإِنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هٰذِهِ الدَّارَ وَهُوَ فِيهَا لَمْ يَحْنَثْ بِالْقُعُودِ ، حَتَّى يَخْرُجَ ثُمَّ يَدْخُلَ .

وَمَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ دَاراً فَدَخَلَ دَاراً خَرَاباً لَمْ يَحْنَثْ .

وَمَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هٰذِهِ الدَّارَ فَدَخَلَهَا بَعْدَ مَا انْهَدَمَتْ وَصَارَتْ صَحْرَاءَ حَنِثَ ، وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هٰذَا الْبَيْتَ فَدَخَلَهُ بَعْدَ مَا انْهَدَمَ لَمْ يَحْنَثْ.

النقلة من ساعته (وإن لبث) على حاله (ساعة حنث) ، لأن هذه الأفعال لها دوام بحدوث أمثالها ، ولذا يضرب لها المدة ، فيقال : ركبت الدابة يوما ، ولبست الثوب يوما ، وسكنت الدار شهرا ، ولو نوى الابتداء الخالص يصدق به ؛ لأنه محتمل كلامه كما فى الهداية ، ولو خرج من الدار و بقى متاعه وأهله فيها حنث ، لأنه يعد ساكنا ببقاء أهله ومتاعه ، واعتبر محمد نقل ماتقوم به السكنى ، وهو أرفق ، وعليه الفتوى كما فى الدر عن العينى .

(ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود) بل (حتى يخرج ثم يدخل) ، لأن الدخول لا دَوَامَ له ، لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل

(ومن حلف لا يدخل داراً) بالتنكير (فدخل دارا خراباً لم يحنث) فى يمينه ، لأنه لما لم يعينها كان المعتبر فى يمينه داراً معتاداً دخولها ؛ لأن الأيمان مبنية على العادة والعرف ، ولذا لو حلف لا يلبس قميصاً فارتدى به لم يحنث ، لأن المقصود اللبس المعتاد (ومن حلف لا يدخل هذه الدار) بالتعريف (فدخل بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث) لأنها لما عينها تعلق ذلك ببقاء اسمها ، والاسم فيها باق ، ولذا يقال : دار غامرة (ولو حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم) وصار صحراء (لم يحنث) ، لزوال اسم البيت عنه ، فإنه لا يُبَاتُ فيه ، قيدنا بصيرورته

وَمَنْ حَلَفَ لاَ يُكَلِّمُ زَوْجَةَ فُلاَنٍ فَطَلَّقَهَا فُلاَنٌ ثُمَّ كَلَّمَهَا حَنِثَ ، وَلَوْ حَلَفَ لاَ يُكَلِّمُ عَبْدَ فُلاَنٍ ، أَوْ لاَ يَدْخُلُ دَارَ فُلاَنٍ ، فَبَاعَ عَبْدَهُ وَدَارَهُ ثُمَّ كَلَّمَ الْعَبْدَ وَدَخَلَ الدَّارَ لَمْ يَحْنَثْ ؛ وَإِنْ حَلَفَ لاَ يُكَلِّمُ صَاحِبَ هٰذَا الطَّيْلَسَانِ فَبَاعَهُ ثُمَّ كَلَّمَهُ حَنِثَ ، وكَذَلِكَ إِنْ حَلَفَ لاَ يُكَلِّمُ هٰذَا الشَّابَّ فَكَلَّمَهُ بَعْدَ مَا صَارَ شَيْخاً حَنِثَ ، أَوْ لا يَأْكُلُ لَحْمَ هٰذَا الْحَمَلِ فصَارَ كَبْشاً فَأَكَلَهُ حَنِثَ ، وَإِنْ حَلَفَ لاَ يَأْكُلُ مِنْ هٰذِهِ

صحراء ؛ لأنه لو سقط السقف وبقى الحيطان يحنث لأنه يُبَاتُ فيه كما فى الهداية .

(ومن حلف لا يكلم زوجة فلان) المعينة (فطلقها فلان) بائناً (ثم كلمها) الحالف (حنث) ، لأن الحر يُقْصَد بالهجران ، فكانت الإضافة للتعريف المحض ، بخلاف غير المعينة حيث لا يحنث ، لعقد اليمين على فعل واقع فى محل مضاف إلى فلان ولم يوجد . قيدنا بالبائن لأن الرجعى لا يرفع الزوجية (وإن حلف لا يكلم عبد فلان أو لا يدخل دار فلان فباع) فلان (عبده وداره ثم كلم) الحالف (العبد ودخل الدار لم يحنث) لأن العبد والدار لا يُقْصَدان بالهجران لذواتهما ، بل للنسبة إلى ملاكهما ، واليمين ينعقد على مقصود الحالف إذا احتمله اللفظ ، فصار كأنه قال : مادام لفلان (وإن حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث) ؛ لأن هذه الإضافة لا تحتمل إلا التعريف ؛ لأن الإنسان لا يُعَادَى لمعنى فى الطيلسان ؛ فصار كما إذا أشار إليه (وكذلك إن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخاً ، أو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل) بمهملات — ولد الضأن فى السنة الأولى (فصار) الحمل (كبشا فأكله حنث) ، لأن المنع كان لعينهما لا لاتصافهما بهذا الوصف ، لأنه ليس بداع لليمين (وإن حلف لا يأكل من هذه

النَّخْلَةِ فَهُوَ عَلَى ثَمَرِهَا ، وَإِنْ حَلَفَ لا يَأْكُلُ مِنْ هٰذَا الْبُسْرِ فَصَارَ رُطَباً فَأَكَلَهُ لَمْ يَحْنَثْ ، وإِنْ حَلَفَ لا يَأْكُلُ بُسْراً فَأَكَلَ رُطَباً لَمْ يَحْنَثْ .

وَمَنْ حَلَفَ لا يَأْكُلُ رُطَباً فَأَكَلَ بُسْراً مُذَنِّباً حَنِثَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ .

وَمَنْ حَلَفَ لا يَأْكُلُ لَحْماً فَأَكَلَ السَّمَكَ لَمْ يَحْنَثْ .

النخلة فهو على ثمرها) ، لأنه أضاف اليمين إلى مالا يؤكل فينصرف إلى مايخرج منه لأنه سبب له فيصلح مجازاً عنه ، لكن الشرط أن لا يتغير بصنعة جديدة ، حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ ، هداية (وإن حلف لا يأكل من هذا البسر) بضم الموحدة وسكون المهملة ـ ثمر النخل قبل أن يصير رطباً (فصار رطباً) أو من هذا الرطب فصار تمراً (فأكله لم يحنث) ، لأن هذه الأوصاف داعية إلى اليمين فيتقيد اليمين بها (و) كذا (إن حلف لا يأكل بسراً) بالتنكير (فأكل رطباً لم يحنث) ، لأنه ليس ببسر (ومن حلف لا يأكل رطباً) أو بسراً ، أو لا يأكل رطباً ولا بسراً (فأكل بسراً مذنباً) أو رطباً مذنباً (حنث عند أبي حنيفة) ، لأن البسر المذنب ما يكون في ذنبه قليل رطب ، والرطب المذنب على عكسه ، فيكون آكله آكل البسر والرطب ، وكل واحد مقصود في الأكل . قال جمال الإسلام : وهو قول محمد ، وقال أبو يوسف : لا يحنث ، والصحيح قولهما ، واعتمده الأئمة المحبوبي والنسفي وغيرهما ، تصحيح .

(ومن حلف لا يأكل لحماً فأكل السمك لم يحنث) لأن إطلاق اسم اللحم لا يتناوله في العرف والعادة ، ولا يرد تسميته لحماً في القرآن ، لأن الأيمان مبنية على العرف والعادة ، لا على ألفاظ القرآن ، ولذا لو حلف لا يخرب بيتاً فخرب بيت العنكبوت

وَمَنْ حَلَفَ لاَ يَشْرَبُ مِنْ دِجْلَةَ فَشَرِبَ مِنْهَا بِإِنَاءٍ لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى يَكْرَعَ مِنْهَا كَرْعاً فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَنْ حَلَفَ لاَ يَشْرَبُ مِنْ مَاءِ دِجْلَةَ فَشَرِبَ مِنْهَا بِإِنَاءٍ حَنِثَ .

وَمَنْ حَلَفَ لاَ يَأْكُلُ مِنْ هٰذِهِ الْحِنْطَةِ فَأَكَلَ مِنْ خُبْزِهَا لَمْ يَحْنَثْ ، وَلَوْ حَلَفَ لاَ يَأْكُلُ مِنْ هٰذَا الدَّقِيقِ فَأَكَلَ مِنْ خُبْزِهِ

لا يحنث ، وإن سمى فى القرآن بيتاً ، كما فى الجوهرة ، قال الاسبيجابى : والقياس أن يحنث وهو رواية عن أبى يوسف ، والصحيح ظاهر الرواية ، وهو المعتمد عند الأئمة المحبوبى والنسفى وغيرهما ، تصحيح .

(ومن حلف لا يشرب من) شىء يمكن فيه الكرع نحو (دجلة فشرب منها بإناء لم يحنث) ، لعدم وجود حقيقة المحلوف عليه ، فلا يحنث (حتى يكرع منها كرعا) وذلك (فى قول أبى حنيفة) ، لأن الحقيقة مستعملة ، ولهذا يحنث بالكرع إجماعاً ، فمنعت المصير إلى المجاز ، و إن كان متعارفا ، قال العلامة بهاء الدين فى شرحه : وقال أبو يوسف ومحمد : يحنث ، والصحيح قول أبى حنيفة ، ومشى عليه الأئمة ، تصحيح . قيدنا بما يمكن فيه الكرع لأن مالا يمكن فيه ذلك كالبئر يحنث مطلقا ، بل لو تكلف الكرع لا يحنث فى الأصح لهجر الحقيقة وتعين المجاز (ومن حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها بإناء حنث) لأن يمينه انعقد على الماء المنسوب إليه ، وبعد الاغتراف بقى منسوبا إليه .

(ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة فأكل من خبزها لم يحنث) عند أبى حنيفة ، لأن له حقيقة مستعملة فإنها تغلى وتقلى وتؤكل قضما ، والحقيقة راجحة على المجاز المتعارف على ما هو الأصل عنده ، قال العلامة بهاء الدين فى شرحه : وقال أبو يوسف ومحمد : يحنث ، والصحيح قول أبى حنيفة ، ومشى عليه الأئمة المحبوبى والنسفى وغيرهما ، ولو قضمها حنث عندهما فى الصحيح ، قاله قاضيخان ، تصحيح . (ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه) ونحوه مما يتخذ منه كعصيدة وحلوى

حَنِثَ، وَلَوِ اسْتَقَهُ كَمَا هُوَ لَمْ يَحْنَثْ ، وَلَوْ حَلَفَ لا يُكَلِّمُ فُلَاناً فَكَلَّمَه وَهُوَ بِحَيْثُ يَسْمَعُ إلاَّ أَنَّهُ نَائِمٌ حَنِثَ ، وَإِنْ حَلَفَ لا يُكَلِّمُهُ إلاَّ بِإِذْنِهِ فَأَذِنَ لَهُ وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْإِذْنِ حَتَّى كَلَّمهُ حَنِثَ

وإذا اسْتَحْلَفَ الْوَالى رَجُلاً لِيُعْلمهُ بِكُلِّ دَاعِرٍ دَخَلَ الْبَلَدَ ، فهذا عَلَى حَالِ ولاَيَتِهِ خَاصَّةً .

وَمَنْ حَلَفَ لاَيَرْكَبُ دَابَّةَ فُلَانٍ فَرَكِبَ دَابَّةَ عَبْدِهِ

(حنث) ؛ لأن عينه غير مأكول ؛ لعدم جريان العادة باستعماله كذلك؛ فينصرف إلى مايتخذ منه (ولو استفه كما هو لم يحنث) قال قاضيخان وصاحب الهداية والزاهدى : هو الصحيح ؛ لتعين المجاز مراداً ، تصحيح .

(وإن حلف لايكلم فلاناً فكلمه وهو بحيث يسمع) كلامه (إلا أنه نائم حنث) ؛ لأنه قد كلمه ووصل إلى سمعه ، لكنه لم يفهم لنومه ، فصار كما إذا ناداه من بعيد وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله ، وفى بعض روايات المبسوط شرط أن يوقظه ، وعليه مشايخنا ، لأنه إذا لم ينتبه كان كما إذا ناداه من بعيد وهو بحيث لايسمع صوته ، هداية ، ومثله فى المجتبى (وإن حلف لايكلمه إلا بإذنه فأذن له) المحلوف عليه بكلامه (و) لكن (لم يعلم) الحالف (بالإذن حتى كلمه حنث) ، لأن الإذن مشتق من الأذان الذى هو الإعلام أو من الوقوع فى الأذن ، وكل ذلك لا يتحقق إلا بالسماع ، وقال أبو يوسف : لايحنث، لأن الإذن هو الإطلاق ، وإنه يتم بالإذن كالرضا ، قلنا : الرضا من أعمال القلب، ولا كذلك الإذن على مامر ، هداية.

(وإذا استحلف الوالى رجلا ليعلمه بكل داعر) أى مفسد (دخل البلد فهذا) الحلف مقصور (على حال ولايته خاصة) ، لأن مقصود الوالى دفع شر الداعر بزجره ، وهذا إنما يكون حال ولايته ، فإذا مات أو عزل زالت اليمين ، ولم تعد بعوده ، كما فى الجوهرة .

(ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبده) المأذون له سواء

لَمْ يَحْنَثْ .

وَمَنْ حلَف لا يَدْخُلَ هٰذِهِ الدَّارَ فَوَقَفَ عَلَى سَطْحِها ، أَوْ دَخَلَ دِهْلِيزَهَا حَنِثَ ، وَإِنْ وَقَفَ فِي طَاقِ الْبَابِ بِحَيْثُ إِذَا أُغلِقَ الْبَابُ كَانَ خَارِجاً لَمْ يَحْنَثْ .

وَمَنْ حَلَفَ لاَ يَأْكُلُ الشِّوَاءَ ، فَهُوَ عَلَى اللَّحْمِ دُونَ الْبَاذِنْجَانِ وَالْجَزَرِ وَمَنْ حَلَفَ لاَ يَأْكُلُ الطَّبِيخَ فَهُوَ عَلَى مَا يُطْبَخُ مِنَ اللَّحْمِ .

كان مديونا أولا (لم يحنث) عند أبي حنيفة ، إلا أنه إذا كان عليه دين مستغرق لايحنث وإن نوى ؛ لأنه لا ملك للمولى فيه عنده ، وإن كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث مالم ينوه ؛ لأن الملك فيه للمولى ، لـكنه يضاف إلى العبد عرفا وشرعا ، وقال أبو يوسف فى الوجوه كلها : يحنث إذا نواه ، لاختلال الإضافة ، وقال محمد : يحنث وإن لم ينو ، لاعتبار حقيقة الملك، إذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما كما فى الهداية ، قال فى التصحيح : وعلى قول أبى حنيفة مشى الأئمة المصححون . اه

(ومن حلف لايدخل هذه الدار فوقف على سطحها أو دخل دهليزها حنث) ، لأن السطح من الدار، ألا ترى أن المعتكف لايفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد ، وقيل : فى عرفنا لايحنث ، هداية ، ووفق الـكمال بحمل الحنث على سطح له ساتر وعدمه على مقابله ، وفى البحر : والظاهر عدم الحنث فى الـكل ، لأنه لا يسمى داخلا عرفا ، (وإن وقف فى طاق الباب) وكان (بحيث إذا أغلق الباب كان خارجا) عنه (لم يحنث) ، لأن الباب لإحراز الدار ومافيها ، فلم يكن الخارج من الدار .

(ومن حلف لا يأكل الشواء فهو) أى حلفه (على اللحم) المشوى (دون) غيره مما يشوى، مثل (الباذنجان والجزر) ونحوه ، لأنه المراد عند الإطلاق، إلا أن ينوى مطلق مايشوى ، لمـكان الحقيقة (ومن حلف لا يأكل الطبيخ فهو على مايطبخ من اللحم) استحسانا اعتبارا للعرف، وهذا لأن التعميم متعذر فيصرف إلى

وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ الرُّءُوسَ ، فَيَمِينُهُ عَلَى مَا يُكْبَسُ فِي التَّنَانِيرِ ، وَيُبَاعُ فِي الْمِصْرِ .

وَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ الْخُبْزَ فَيَمِينُهُ عَلَى مَا يَعْتَادُ أَهْلُ الْبَلَدِ أَكْلَهُ خُبْزاً ، فَإِنْ أَكَلَ خُبْزَ الْقَطَائِفِ أَوْ خُبْزَ الأَرُزِّ بِالْعِرَاقِ لَمْ يَحْنَثْ .

وَمَنْ حَلَفَ لَا يَبِيعُ أَوْ لَا يَشْتَرِي أَوْ لَا يُؤَاجِرُ فَوَكَّلَ بِذَلِكَ لَمْ يَحْنَثْ .

خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء ، إلا إذا نوى غير ذلك ؛ لأن فيه تشديداً على نفسه كما فى الهداية (ومن حلف لا يأكل الرءوس فيمينه) مقصورة (على مايكبس) أى يدخل (فى التنانير ويباع فى) ذلك (المصر) أى مصر الحالف ؛ لأنه لايمكن حمله على العموم ؛ إذ الإنسان لايقصد بيمينه رءوس الجراد والعصافير ونحو ذلك ؛ فكان المراد منه المتعارف ، قال فى الهداية : وفى الجامع الصغير : لو حلف لا يأكل رأساً فهو على رأس البقر والغنم عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد : على الغنم خاصة ، وهذا اختلاف عصر وزمان ، كان العرف فى زمنه فيهما ، وفى زمنهما فى الغنم خاصة ، وفى زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور فى المختصر ، اه‍ (ومن حلف لا يأكل الخبز فيمينه) مقصورة (على مايعتاد أهل) ذلك (البلد) أى بلد الحالف (أكله خبزاً) ، لما مر من أن العرف هو المعتبر (فإن أكل خبز القطائف أو خبز الأرز بالعراق لم يحنث) ، لأن القطائف لا يسمى خبزاً مطلقاً ؛ إلا إذا نواه ؛ لأنه يحتمله ، وخبز الأرز غير معتاد عند أهل العراق ، حتى لو كان فى بلدة طعامهم ذلك يحنث .

(ومن حلف لايبيع ولا يشترى أو لا يؤاجر فوكل) الحالف غيره (بذلك) الفعل (لم يحنث) ؛ لأن حقوق هذه العقود ترجع إلى العاقد ، فلم يوجد

وَمَنْ حَلَفَ لَا يَتَزَوَّجُ ، أَوْ لَا يُطَلِّقُ ، أَوْ لَا يُعْتِقُ ، فَوَكَّلَ بِذَلِكَ حَنِثَ .

وَمَنْ حَلَفَ لَا يَجْلِسُ عَلَى الْأَرْضِ فَجَلَسَ عَلَى بِسَاطٍ أَوْ حَصِيرٍ ، لَمْ يَحْنَثْ .

وَمَنْ حَلَفَ لَا يَجْلِسُ عَلَى سَرِيرٍ ، فَجَلَسَ عَلَى سَرِيرٍ فَوْقَهُ بِسَاطٌ حَنِثَ ، وَإِنْ جَعَلَ فَوْقَهُ سَرِيراً آخَرَ فَجَلَسَ عَلَيْهِ لَمْ يَحْنَثْ .

ماهو الشرط ، وهو العقد من الآمر الثابت له حكم العقد ، إلا أن ينوى ذلك؛ لأن فيه تشديداً على نفسه ، أو يكون الحالف ذا سلطان لايتولى العقد بنفسه ؛ لأنه يمنع نفسه عما يعتاده ، حتى لو كان الوكيل هو الحالف يحنث كما فى الهداية (ومن حلف لايتزوج أو لا يطلق أو لا يعتق فوكل) غيره (بذلك) الفعل (حنث) ؛ لأن الوكيل فى هذه العقود سفير ومعبر ، ولهذا لايضيفه إلى نفسه ، بل إلى الآمر ، وحقوق العقد ترجع إلى الآمر لا إليه ، هداية .

(ومن حلف لا يجلس على الأرض فجلس على بساط أو حصير لم يحنث) لأنه لايسمى جالساً على الأرض ، بخلاف ما إذا حال بينه و بينها لباسه لأنه تبع له ، فلم يعتبر حائلا (ومن حلف لا يجلس على سرير) معين (فجلس على سرير) أى على السرير المحلوف عليه وكان (فوقه بساط) أو حصير (حنث) لأنه يعدُّ عرفاً جالساً عليه (وإن جعل فوقه سريراً آخر فجلس عليه لم يحنث) ؛ لأنه لم يجلس على السرير المحلوف عليه ، وإنما جلس على غيره ، إذ الجلوس حينئذ ينسب إلى الثانى ، ولذا قيدنا بالمعين ، إذ لو كان يمينه على غير معين يحنث ، لوجود الجلوس على سرير

وَإِنْ حَلَفَ لَا يَنَامُ عَلَى فِرَاشٍ فَنَامَ عَلَيْهِ وَفَوْقَهُ قِرَامٌ حَنِثَ وَإِنْ جَعَلَ فَوْقَهُ فِرَاشًا آخَرَ لَمْ يَحْنَثْ .

وَمَنْ حَلَفَ بِيَمِينٍ ، وَقَالَ « إِنْ شَاءَ اللهُ » مُتَّصِلاً بِيَمِينِهِ ، فَلَا حِنْثَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ حَلَفَ لَيَأْتِيَنَّهُ إِنِ اسْتَطَاعَ فَهَذَا عَلَى اسْتِطَاعَةِ الصِّحَّةِ دُونَ الْقُدْرَةِ.

وَإِنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ فُلَانًا حِينًا أَوْ زَمَانًا ، أَوِ الْحِينَ أَوِ الزَّمَانَ فَهُوَ عَلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ ،

(وإن حلف لا ينام على فراش) معين كما تقدم (فنام عليه وفوقه قرام) أي ستر (حنث) لأنه تبع للفراش ؛ فيعدُّ نائماً عليه (وإن جعل فوقه فراشاً آخر لم يحنث) ، لأن مثل الشيء لا يكون تبعاً له فقطعت النسبة عن الأول .

(ومن حلف بيمين وقال: إن شاء الله) أو إلا أن يشاء الله (متصلا بيمينه) سواء كان مقدماً أو مؤخراً (فلا حنث عليه) ولا بدَّ من الاتصال؛ لأنه بعد الفراغ رجوع ، ولا رجوع في اليمين (وإن حلف ليأتينه) غداً مثلا (إن استطاع فهذا) الحلف (على استطاعة الصحة) وهي سلامة الآلات والأسباب مع عدم المانع ؛لأنه المتعارف، والأيمان مبنية على العرف (دون القدرة) الحقيقيّة المقارنة للفعل ، لأنه غيرمتعارف ، قال في الهداية : وهذا لأن حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل ،ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الأسباب في المتعارف ، فعند الإطلاق ينصرف إليه ، ويصح نية الأول ديانة ؛ لأنه حقيقة كلامه ، ثم قيل : يصح قضاء ، لما بينا، وقيل : لا يصح ، لأنه خلاف الظاهر ، اه ، قال في الفتح : وهو الأوجه .

(وإن حلف لا يكلم فلاناً حيناً أو زماناً) منكراً (أو الحين أو الزمان) معرفاً (فهو على ستة أشهر) من حين حلفه ؛ لأنه الوسط فينصرف عند الإطلاق.

وَكَذَلِكَ الدَّهرُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ .

وَلَوْ حَلَفَ لاَ يُكَلِّمُهُ أَيَّاماً فَهُوَ عَلَى ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ ، وَلَوْ حَلَفَ لاَ يُكَلِّمُهُ الأَيَّامَ فَهُوَ عَلَى عَشَرَةِ أَيَّامٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : عَلَى أَيَّامِ الأُسْبُوعِ ، وَلَوْ حَلَفَ لاَ يُكَلِّمُهُ الشُّهُورَ فَهُوَ عَلَى عَشَرَةِ أَشْهُرٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : عَلَى اثْنَيْ عَشَرَ شَهْراً ،

إليه ، و إن نوى غيره من أحد معانيه فهو على ما نواه ؛ لأنه حقيقة كلامه (وكذلك الدهر عند أبي يوسف ومحمد) قال الإسبيجابي في شرحه : وقال أبو حنيفة : لا أدرى ما الدهر ، فإن كانت له نية فهو على ما نوى ، ومن أصحابنا من قال : الدهر بالألف واللام هو الأبد عندهم ، و إنما الخلاف في المنكر ، ومثله في الهداية وشرح الزاهدى بزيادة: وهو الصحيح ، ثم قال الإسبيجابي : الصحيح قول أبي حنيفة ؛ لأنه لم ينقل عن أهل اللغة فيه تقدير معلوم ، فلم يجز إثباته ، بل يرجع إلى نية الحالف ، اهـ . واختاره الأئمة المحبوبي والنسفي وصدر الشريعة ، تصحيح (ولو حلف لا يكلمه أياما فهو على ثلاثة أيام) ؛ لأنه جمع ذكر منكراً فتناول أقل الجمع ، وهو الثلاث (ولو حلف لا يكلمه الأيام فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة) لأنه جمع ذكر معرفاً فينصرف إلى أقصى ما يذكر بلفظ الجمع ، وذلك عشرة . هداية (وقال أبو يوسف ومحمد : على أيام الأسبوع) ؛ لأن اللام للمعهود ، وهو الأسبوع لأنه يدور عليها(ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة أشهر عند أبي حنيفة ، وقالا : على اثنى عشر شهرا) ؛ لما ذكرنا أن الجمع المعرف عنده ينصرف إلى أقصى ما ذكر بلفظ الجمع وهو العشرة ، وعندهما ينصرف إلى المعهود وهو أشهر العام الاثنا عشر ، لأنه يدور عليها، قال جمال الإسلام : الصحيح قول أبي حنيفة ، واعتمده الأئمة المذكورون قبله ، تصحيح

وَإِذَا حَلَفَ لَا يَفْعَلُ كَذَا تَرَكَهُ أَبَدًا ، وَإِنْ حَلَفَ لَيَفْعَلَنَّ كَذَا فَفَعَلَهُ مَرَّةً وَاحِدَةً بَرَّ فِي يَمِينِهِ .

وَمَنْ حَلَفَ لَا تَخْرُجُ امْرَأَتُهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، فَأَذِنَ لَهَا مَرَّةً فَخَرَجَتْ ثُمَّ خَرَجَتْ مَرَّةً أُخْرَى بِغَيْرِ إِذْنِهِ حَنِثَ ، وَلَا بُدَّ مِنْ إِذْنٍ فِي كُلِّ خُرُوجٍ ، وَإِنْ قَالَ « إِلَّا أَنْ آذَنَ لَكِ » فَأَذِنَ لَهَا مَرَّةً ثُمَّ خَرَجَتْ بَعْدَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَمْ يَحْنَثْ .

وَإِذَا حَلَفَ لَا يَتَغَدَّى فَالْغَدَاءُ الْأَكْلُ

(وإذا حلف لا يفعل كذا تركه أبدا) ؛ لأن يمينه وقعت على النفى ، والنفى لا يختص بزمان دون زمان ، فحمل على التأبيد (وإن حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة برفى يمينه) ؛ لأن المقصود إيجاد الفعل ، وقد أوجده ، ولا يحنث إلا بوقوع اليأس منه ، وذلك بموته أو بفوت محل الفعل .

(ومن حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه) أو بأمره أو بعلمه (فأذن لها) أو أمرها (مرة فخرجت) ورجعت (ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه) أو أمره أو علمه (حنث) فى حلفه (ولا بد)لعدم الحنث (من إذن) أو أمر أو علم (فى كل خروج) ؛ لأن المستثنى خروج مخصوص بالإذن، وماوراءه داخل فى الحظر العام ، ولو نوى الإذن مرة يصدق ديانة لا قضاء ؛ لأنه محتمل كلامه ، لكنه خلاف الظاهر ، هداية . ولو قال « كلما خرجت فقد أذنت لك » سقط إذنه كما فى الجوهرة (وإن قال إلا أن) أو حتى (آذن لك) أو آمرك (فأذن لها) أو أمرها (مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير إذنه) ، أو أمره (لم يحنث) فى حلفه ؛ لأن ذلك للتوقيت ، فإذا أذن مرة فقد انتهى الوقت وانتهى الحلف بانتهائه (وإذا حلف لا يتغدى فالغداء) هو (الأكل) الذى يقصد به الشبع

مِنْ طُلُوعِ الْفَجْرِ إِلَى الظُّهْرِ ، وَالْعَشَاءُ مِنْ صَلَاةِ الظُّهْرِ إِلَى نِصْفِ اللَّيْلِ ، وَالسَّحُورُ مِنْ نِصْفِ اللَّيْلِ إِلَى طُلُوعِ الْفَجْرِ .

وَإِنْ حَلَفَ لَيَقْضِيَنَّ دَيْنَهُ إِلَى قَرِيبٍ فَهُوَ مَادُونَ الشَّهْرِ ، وَإِنْ قَالَ « إِلَى بَعِيدٍ » فَهُوَ أَكْثَرُ مِنَ الشَّهْرِ .

وَمَنْ حَلَفَ لَا يَسْكُنُ هَذِهِ الدَّارَ فَخَرَجَ مِنْهَا بِنَفْسِهِ وَتَرَكَ فِيهَا أَهْلَهُ وَمَتَاعَهُ حَنِثَ .

عادة، ويعتبر عادة كلِّ بلد فى حقهم، حتى لو شبع بشرب اللبن يحنث البدوى لا الحضرى، زيلعى (من طلوع الفجر إلى الظهر) وفى البحر عن الخلاصة « طلوع الشمس » قال : وينبغى اعتماده للعرف ، زاد فى النهر : وأهل مصر يسمونه فطوراً إلى ارتفاع الضحى الأكبر، فيدخل وقت الغداء ، فيعمل بعرفهم ، قلت : وكذا أهل دمشق الشام . در (والعشاء من صلاة الظهر إلى نصف الليل) وفى البحر عن الإسبيجابى : وفى عرفنا وقت العشاء بعد صلاة العصر ، قلت : وهو عرف مصر والشام ، در (والسحور من نصف الليل إلى طلوع الفجر) لأنه مأخوذ من السَّحَر ، ويطلق على ما يقرب منه ، وهو نصف الليل .

(وإن حلف ليقضين دينه إلى قريب فهو ما دون الشهر) ؛ لأن ما دونه يعد قريباً عرفاً (وإن قال إلى بعيد فهو أكثر من الشهر) وكذا الشهر ؛ لأن الشهر وما زاد عليه يعدُّ بعيدا ، ولهذا يقال عند بعد العهد : ما لقيتك منذ شهر ، كما فى الهداية .

(ومن حلف لا يسكن هذه الدار) أو البيت ، أو المحلة (فخرج منها بنفسه وترك فيها أهله ومتاعه حنث) : لأنه يعد ساكنا ببقاء أهله ومتاعه فيها

وَمَنْ حَلَفَ لَيَصْعَدَنَّ السَّماء أَوْ لَيَقْلِبَنَّ هٰذَا الحَجَرَ ذَهَبًا انْعَقَدَتْ يَمِينُهُ وَحَنِثَ عَقِيبَهَا.

وَمَنْ حَلَفَ لَيَقْضِيَنَّ فُلَانًا دَيْنَهُ الْيَوْمَ فَقَضَاهُ ثُمَّ وَجَدَ فُلَانٌ بَعْضَهُ زُيُوفًا ، أَوْ نَبَهْرَجَةً ، أَوْ مُسْتَحَقَّةً ـ لَمْ يَحْنَثْ ،

عرفا ، فإن السوقيّ عامة نهاره فى السوق ، ويقول : أسكن سكة كذا ، ثم قال أبو حنيفة : لابد من نقل كل المتاع ، حتى لو بقى وتد حنث ، لأن السكنى ثبتت بالكل فتبقى ما بقى شىء منه ، وقال أبو يوسف : يعتبر نقل الأكثر ، لأن نقل الكل قد يتعذر ، وقال محمد : يعتبر نقل ما تقوم به السكنى ؛ لأن ما وراء ذلك ليس من السكنى ، قالوا : هذا أحسن وأرفق بالناس ، كذا فى الهداية . وفى الدر عن العينى : وعليه الفتوى .

(ومن حلف ليصعدن السماء ، أو ليقلبن هذا الحجر ذهباً ، انعقد يمينه) ؛ لإمكان البر حقيقة بإقدار الله تعالى ، فينعقد يمينه (وحنث عقيبها) للعجز عادة ، بخلاف ما إذا حلف : ليشربن ماء هذا الكوز ولا ماء فيه حيث لا يحنث لأن شرب مائه ولا ماء فيه لا يتصور ، والأصل فى ذلك : أن إمكان البر فى المستقبل شرط انعقاد اليمين ؛ إذ لابد من تصور الأصل لتنعقد فى حق الخلف ، وهو الكفارة .

(ومن حلف ليقضين فلاناً دينه اليوم) مثلا (فقضاه) إياه (ثم وجد فلان بعضه) أو كله (زيوفاً) وهى ما يقبله التجار ويرده بيت المال (أو نبهرجة) وهى ما يرده كل منهما (أو مستحقاً) للغير (لم يحنث) الحالف ،

وَإِنْ وَجَدَهَا رَصَاصاً أَوْ سَتُّوقَةً حَنِثَ .

وَمَنْ حَلَفَ لاَ يَقْبِضُ دَيْنَهُ دِرْهَماً دُونَ دِرْهَمٍ فَقَبَضَ بَعْضَهُ ، لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى يَقْبِضَ جَمِيعَهُ مُتَفَرِّقاً ، وَإِنْ قَبَضَ دَيْنَهُ فِي وَزْنَتَيْنِ لَمْ يَتَشَاغَلْ بَيْنَهُمَا إِلاَّ بِعَمَلِ الْوَزْنِ لَمْ يَحْنَثْ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِتَفْرِيقٍ .

لوجود الشرط ، لأن الزيوف والنبهرجة من الدراهم ، غير أنها معيبة ، والعيب لا يعدم الجنس ، ولذا لو تجوز بها صار مستوفيا ، وقبض المستحقة صحيح فلا يرتفع برده البر المتحقق كما فى الهداية .

(وإن وجدها رصاصاً أو ستوقةً) بالفتح ـ أراداً من النبهرجة . وعن الكرخى : الستوقة عندهم ما كان الصُّفْرُ أو النحاس هو الغالب الأكثر فيه ، مغرب . وقيل : ما كان داخله نحاس وخارجه فضة (حنث) فى يمينه ؛ لأنهما ليسا من جنس الدراهم ، حتى لا يجوز التجوز بهما فى الصرف والسَّلَم ، هداية .

(ومن حلف لايقبض دينه درهما دون درهم) أى متفرقاً (فقبض بعضه لم يحنث) بمجرد قبض البعض ، بل (حتى يقبض جميعه متفرقاً) ، لأن الشرط قبض الكل ، لكنه بوصف التفرق ، لأنه أضاف القبض إلى دين معروف مضاف إليه فينصرف إلى كله ، فلا يحنث إلا به ، هداية .

(وإن قبض دينه فى وزنتين) أو أكثر ، و (لم يتشاغل بينهما إلا بعمل الوزن لم يحنث ، وليس ذلك بتفريق) ؛ لأنه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة ، فيصير هذا القدر مستثنى عنه ، هداية .

وَمَنْ حَلَفَ لَيَأْتِيَنَّ الْبَصْرَةَ فَلَمْ يَأْتِهَا حَتَّى مَاتَ ، حَنِثَ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ .

كتاب الدعوى

الْمُدَّعِي : مَنْ لاَ يُجْبَرُ عَلَى الْخُصُومَةِ إِذَا تَرَكَهَا .

وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ : مَنْ يُجْبَرُ عَلَى الْخُصُومَةِ .

(ومن حلف ليأتين البصرة) مثلا (فلم يأتها حتى مات حنث فى آخر جزء من أجزاء حياته) ؛ لأن يمينه انعقدت مطلقة غير مؤقتة ، فتبقى ما دام البر موجودا، فإذا مات وقع اليأس ، فيضاف الحنث إلى آخر جزء من أجزاء حياته، قال فى الينابيع : حتى إذا حلف بطلاق امرأته فلا ميراث لها إذا لم يكن دخل بها ، ولا عدَّة عليها ، وإن كان دخل بها فلها الميراث وعليها العدة أبعد الأجلين بمنزلة الفار ، ولو ماتت هى لم تطلق ؛ لأن شرط البر يتعذر بموتها ، جوهرة .

كتاب الدعوى

كفتوى ، وألفها للتأنيث فلا تنون ، وجمعها دَعَاوَى كفتاوى ، كما فى الدرر، وجزم فى المصباح بكسرها على الأصل ، و بفتحها فيهما محافظة على ألف التأنيث.

وهى لغة : قول يقصد به الإنسانُ إيجابَ حق على غيره . وشرعا : إخبار بحق له على غيره عند الحاكم .

ولما كانت مسائل الدعوى متوقفة على معرفة المدعى والمدعى عليه ، ومعرفةُ الفرق بينهما من أهم ما تبتنى عليه ــ بدأ المصنف بتعريفهما ، فقال : (المدعى : من لا يجبر على الخصومة إذا تركها) ؛ لأنه طالب (والمدعى عليه : من يجبر على الخصومة) ؛ لأنه مطلوب .

وَلاَ تُقْبَلُ الدَّعْوَى حَتَّى يَذْكُرَ شَيْئًا مَعْلُومًا فِي جِنْسِهِ وَقَدْرِهِ ، فَإِنْ كَانَ عَيْنًا فِي يَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ كُلِّفَ إِحْضَارَهَا لِيُشِيرَ إِلَيْهَا بِالدَّعْوَى ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ حَاضِرَةً ذَكَرَ قِيمَتَهَا .

قال فى الهداية : وقد اختلفت عبارات المشايخ فى الفرق بين المدعى والمدعى عليه فمنها ما قال فى الكتاب ، وهو حد تام صحيح ، وقيل : المدعى من لا يستحق إلا بحجة كالخارج ، والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذى اليد ، وقيل : المدعى من يلتمس غير الظاهر ، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر ، وقال محمد فى الأصل: المدعى عليه هو المنكر ، وهذا صحيح ، لكن الشأن فى معرفته ، والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا ؛ لأن الاعتبار للمعانى دون الصور ؛ فإن المودَعَ إذا قال « رددت الوديعة » فالقول له مع اليمين وإن كان مدعيا للرد صورة ، لأنه ينكر الضمان ، اهـ .

(ولا تقبل الدعوى) من المدعِى و يلزم بها حضور المدعَى عليه والمدعى به والجواب (حتى يذكر) المدعى (شيئاً معلوماً فى جنسه) كبر أو شعير أو ذهب أو فضة (وقدره) كـكذا قفيزا أو مثقالا أو درهما ؛ لأن فائدة الدعوى الإلزام بواسطة إقامة الحجة ، والإلزام فى المجهول لا يتحقق

(فإن كان) المدعَى به (عيناً فى يد المدعَى عليه كلف) المدعى عليه (إحضارها ليشير إليها) المدعى (بالدعوى) والشهود بالشهادة ، والمدعى عليه بالاستحلاف؛ لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط ، وذلك بالإشارة فى المنقولات ، لأن النقل ممكن ، والإشارة أبلغ فى التعريف (و إن لم تكن) العين (حاضرة) بأن كانت هالكة ، أوفى نقلها مؤنة (ذكر قيمتها) ليصير المدعى به معلوما ؛لأن القيمة تعرفها معنى ، هداية .

وَإِنْ ادَّعَى عَقَارًا حَدَّدَهُ ، وَذَكَرَ أنه فِي يَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِهِ وَإِنْ كَانَ حَقًّا فِي الذِّمَّةِ ذَكَرَ أَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِهِ ،

فَإِذَا صَحَّتِ الدَّعْوى سَأَلَ الْقَاضِي الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَنْهَا ، فَإِنِ اعْتَرَفَ قَضَى عَلَيْهِ بِهَا .

(وإن ادعى عقارا حدّده) ؛ لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل ، فصار إلى التحديد ؛ فإن العقار يعرف به ، ويذكر الحدود الأربعة ، وأسماء أصحابها وأنسابهم ، ولا بد من ذكر الجد في الصحيح ، إلا أن يكون صاحب الحد مشهورا ، فيكتفى بذكره ، لحصول المقصود . وإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا ، خلافا لزفر ، بخلاف ما إذا غلط في الرابع ؛ لأنه يختلف به المدعى ، ولا كذلك بتركها ، وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة ، هداية . (وذكر أنه في يد المدَّعَى عليه) ؛ لأنه إنما ينتصب خصما إذا كان في يده ، ولا يكفى تصديقُ المدَّعَى عليه أنه في يده ، بل لا تثبت اليد فيه إلا بالبينة أو علم القاضى ، هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة ، إذ العقار عساه في يد غيرهما ، بخلاف المنقول ، لأن اليد فيه مشاهدة ، هداية (وأنه يطالبه به) لأن المطالبة حقه ، فلا بد من طلبه ، ولأنه يحتمل أن يكون مرهونا في يده أو محبوساً بالثمن في يده ، هداية . وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال ، وعن هذا قالوا في المنقول : يجب أن يقول « في يده بغير حق » ، هداية .

(وإن كان) المدعى به (حقا) أي ديناً (في الذمة ذكر أنه يطالبه به) لأن صاحب الذمة قد حضر ، فلم يبق إلا المطالبة .

(فإذا صحت الدعوى) من المدعِي (سأل القاضى المدعى عليه عنها) ليكنشف له وجه الحكم (فإن اعترف) بدعواه (قضى عليه بها) ؛ لأنه غير متهم

وَإِنْ أَنْكَرَ سَأَلَ الْمُدَّعِيَ الْبَيِّنَةَ ، فَإِنْ أَحْضَرَهَا قَضَى بِهَا، وَإِنْ عَجَزَ عَنْ ذَلِكَ وَطَلَبَ يَمِينَ خَصْمِهِ اسْتَحْلَفَ عَلَيْهَا .

فَإِنْ قَالَ « لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ » وَطَلَبَ الْيَمِينَ لَمْ يُسْتَحْلَفْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ .

وَلاَ تُرَدُّ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعِي ، وَلا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ صَاحِبِ الْيَدِ فِي الْمِلْكِ الْمُطْلَق ،

فى حق نفسه (و إن أنكر سأل المدعى البينة) ؛ لإثبات ما ادعاه (فإن أحضرها قضى بها) لظهور صدقها (وإن عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلف) القاضى (عليها) ولا بد من طلبه ؛ لأن اليمين حقه ، وأجمعوا على التحليف بلا طلب فى دعوى الدين على الميت ، كما فى الدر وغيره .

(فإن قال المدعى : لى بينة حاضرة) يعنى فى المصر (وطلب اليمين لم يستحلف عند أبى حنيفة) وقال أبو يوسف : يستحلف ، لأن اليمين حقه ، فإذا طالبه به يجيبه. ولأبى حنيفة أن ثبوت الحق فى اليمين مرتبٌ على العجز عن إقامة البينة ، فلا يكون حقه دونه ، كما إذا كانت البينة حاضرة فى المجلس ، ومحمد مع أبى يوسف فيما ذكر الخصاف ، ومع أبى حنيفة فيما ذكر الطحاوى كما فى الهداية ، وفى التصحيح : قال جمال الإسلام : الصحيح قول أبى حنيفة ، وعليه مشى المحبوبى والنسفى وغيرهما ، اه . قيد بحضورها لأنها لو كانت غائبة حُلِّف اتفاقا ، وقدر الغيبة فى المجتبى بمسيرة السفر .

(ولا ترد اليمين على المدعِى) لحديث : « البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر » ، وحديث الشاهد واليمين ضعيف ، بل رده ابن معين ، بل أنكره الراوى كما فى الدر عن العينى .

(ولا تقبل بينة صاحب اليد فى الملك المطلق) ؛ لأنها لا تفيد أكثر

وَإِذَا نَكَلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَنِ الْيَمِينِ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ ، وَلَزِمَهُ مَا ادُّعِيَ عَلَيْهِ .

وَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَقُولَ لَهُ : « إِنِّي أَعْرِضُ الْيَمِينَ عَلَيْكَ ثَلَاثًا ، فَإِنْ حَلَفْتَ وَإِلَّا قَضَيْتُ عَلَيْكَ بِمَا ادَّعَاهُ » ، فَإِذَا كَرَّرَ الْعَرْضَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ قَضَى عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ ،

عما تفيده اليد ، فلو أقام الخارج البينة كانت بينته أولى ؛ لأنها أكثر إثباتا ؛ لأنها تُظْهِر الملك له ، بخلاف ذى اليد فإن ظاهر الملك ثابت له باليد ؛ فلم تثبت له شيئا زائداً . قيد بالملك المطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج ، وعن المقيد بما إذا ادعيا تَلَقِّيَ الملك من واحد وأحدهما قابض ، أو ادعيا الشراء من اثنين ، وأرخا وتأريخ ذى اليد أسبق ؛ فإنه ــ فى هذه الصور ــ تُقْبَل بينة ذى اليد بالإجماع ، و تمامه فى العناية .

(وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول ولزمه ماادعى عليه) ؛ لأن النكول دل على كونه باذلا عنده أومقرا عندهما ؛ إذ لولا ذلك لأقْدَمَ على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه ، فيرجح هذا الجانب (و) لكن (ينبغى للقاضى أن) ينذر المدعى عليه ؛ بأن (يقول له : إنى أعرض عليك اليمين ثلاثا ، فإن حلفت) فبها (وإلا قضيت عليك بما ادعاه) خصمُكَ ، وهذاالإنذار لإعلامه بالحكم ، إذ هو موضع الخفاء (فإذا كرر) القاضى (العرض) عليه (ثلاث مرات) وهو على نكوله (قضى عليه بالنكول) قال فى الهداية : وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة فى إبلاء العذر؛ فأما المذهب فإنه لوقضى بالنكول بعد العرض مرة جازلما قدمنا ؛ هوالصحيح ، والأول أولى ؛ ثم النكول قد يكون

وَإنْ كَانَتِ الدَّعْوَى نِـكَاحاً لَمْ يُسْتَحْلَفِ الْمُنْـكِرُ عِنْدَ أبِي حَنِيفَةَ .

ولاَ يُسْتَحْلَفُ فِي النِّـكَاحِ ، وَالرَّجْعَةِ ، وَالْفَيْءِ فِي الْإِيلاَءِ ، وَالرِّقِّ ، وَالِاسْتِيلاَدِ ، وَالنَّسَبِ ، وَالْوَلاَءِ ، وَالْحُدُودِ .

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يُسْتَحْلَفُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ ، إلاَّ فِي الْحُدُود وَالْقِصَاصِ

حقيقيًا ، كقوله « لا أحلف » وقد يكون حكميًا بأن يسكت ، وحكمه حكم الأول إذا علم أنه لا آفة به من طرش أو خرس ، وهو الصحيح ، اه .

(وإن كانت الدعوى نـكاحاً) منه أومنها ، وأنـكره الآخر (لم يستحلف المنـكر) منهما (عند أبي حنيفة) ، لأن النكول عنده بَذْلٌ والبذل لايجرى فى هذه الأشياء المذكورة بقوله : (ولا يستحلف فى) إنـكار (النكاح ، والرجعة) بعد العدة (والفيء فى الإيلاء) بعد المدة (والرق ، والاستيلاد) إذا أنـكره السيد ، ولا يتأتى عـكسه ؛ لثبوته بإقراره (والولاء والنسب) عتاقة أو موالاة (والحدود ، وقالا : يستحلف) المنـكر (فى ذلك كله، إلا فى الحدود) ؛ لأن النكول عندهما إقرار ، والإقرار يجرى فى هذه الأشياء ، لـكنه إقرار فيه شبهة، والحدود تندريء بالشبهات، والفتوى على قولهما كما نقله فى التصحيح عن قاضيخان والفتاوى الـكبرى والتتمة والخلاصة ومختارات النوازل والزوزنى فى شرح المنظومة وفخر الإسلام عن البزدوى والنسفى فى الـكنز والزيلعى فى شرحه ، ثم قال : واختار المتأخرون من مشايخنا أن القاضى ينظر فى حال المدعى عليه : فإن رآه متعنتاً يحلفه آخذاً بقولهما ، وإن رآه مظلوما لا يحلفه آخذاً بقول الإمام ، وهو نظير مااختاره شمس الأئمة فى التوكيل بالخصومة من غير رضاء الخصم ، اه .

وَ إِذَا ادَّعَى اثْنَانِ عَيْناً فِي يَدِ آخَرَ كلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَزْعُمُ أَنَّهَا لَهُ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ ، قُضِيَ بِهَا بَيْنَهُمَا ، وإِنِ ادَّعَى كُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِكَاحَ امْرَأَةٍ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ لَمْ يُقْضَ بِوَاحِدَةٍ مِنَ الْبَيِّنَتَيْنِ ، وَيُرْجَعُ إِلَى تَصْدِيقِ الْمَرْأَةِ لِأَحَدِهِمَا

(وإذا ادعى اثنان عيناً فى يد آخر) و (كلٌّ واحد منهما يزعم أنها له ، وأقاما البينة قضى بها) : أى بالعين المدعى بها (بينهما) نصفين ؛ لاستوائهما فى سبب الاستحقاق وقبول المحل الاشتراك .

(وإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة) حية (وأقاما البينة) على ذلك (لم يقض بواحدة من البينتين) ؛ لعدم أولوية إحداهما ، وتعذر الحكم بهما لعدم قبول المحل اشتراكهما (ورجع إلى تصديق المرأة لأحدهما) ، لأن النكاح مما يحكم به بتصادقهما ، قال فى الهداية : وهذا إذا لم توقِّت البينتان ، فأما إذا وقتتا فصاحب الوقت الأول أولى ، وإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة فهى امرأته لتصادقهما ، فإن أقام الآخر البينة قضى بها ؛ لأن البينة أقوى من الإقرار ؛ ولو تفرد أحدهما بالدعوى والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى بها القاضى ثم ادعى الآخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها ؛ لأن القضاء بالأول صح فلا ينقض بما هو مثله بل دونه ، إلا أن يوقت شهود الثانى سابقاً ، لأنه ظهر الخطأ فى الأول بيقين ، وكذا إذا كانت المرأة فى يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق ، اهـ . قيدنا بحياة المرأة لأنها إذا كانت ميتة قضى به بينهما ، لأن المقصود الميراث وهو يقبل الاشتراك ، وعلى كل واحد نصف المهر ، ويرثان ميراث زوج واحد ، وتمامه فى الخلاصة .

وَإِنِ ادَّعَى اثْنَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْهُ هٰذَا الْعَبْدَ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ الْعَبْدِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ، فَإِنْ قَضَى الْقَاضِي بَيْنَهُمَا بِهِ فَقَالَ أَحَدُهُمَا «لَا أَخْتَارُ» لَمْ يَكُنْ لِلْآخَرِ أَنْ يَأْخُذَ جَمِيعَهُ، وَإِنْ ذَكَرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَارِيخًا فَهُوَ لِلْأَوَّلِ مِنْهُمَا، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرَا وَمَعَ أَحَدِهِمَا قَبْضٌ فَهُوَ أَوْلَى بِهِ .

(وإن ادعى اثنان) على ثالث ذى يد (كل واحد منهما أنه اشترى منه) أى من ذى اليد (هذا العبد) مثلا (وأقاما البينة) على ذلك قبلتا، وثبت لهما الخيار؛ لأنه لم يسلم لكل منهما سوى النصف (فكل واحد منهما بالخيار: إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن، وإن شاء ترك) لتفريق الصفقة عليه (فإن قضى به القاضى بينهما وقال أحدهما) بعد القضاء له (لا أختار) ذلك وتركه (لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه) لأنه بالقضاء انفسخ عقد كل واحد فى نصفه، فلا يعود إلا بعقد جديد. قيدنا بما بعد القضاء لأنه لو كان قبل القضاء كان للآخر أن يأخذ جميعه، لأنه يدعى الكل، والحجة قامت به، ولم ينفسخ سببه، وزال المانع وهو مزاحمة الآخر كما فى الهداية (وإن ذكر كل واحد منهما تاريخا) وكان تاريخ أحدهما أسبق (فهو للأ[illegible]) ، لأنه أثبت الشراء فى زمان لا ينازعه فيه أحد، فاندفع الآخر به، و[illegible] وقتت إحداهما ولم توقت الأخرى فهو لصاحب الوقت، لثبوت ملكه فى ذلك الوقت، فاحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده، فلا يقضى له بالشك، هداية (وإن لم يذكرا تاريخا) أو ذكرا تار[illegible] واحداً، أو أرخ أحدهما دون الآخر (و) كان (مع أحدهما قبض فهو أولى به) ، لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه، ولأنه قد استويا فى الإثبات فلا تزول اليد الثابتة بالشك .

وَإِنِ ادَّعَى أَحَدُهُمَا شِرَاءً وَالآخَرُ هِبَةً وَقَبْضًا وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ وَلاَ تَارِيخَ مَعَهُمَا فَالشِّرَاءُ أَوْلَى .

وَإِنِ ادَّعَى أَحَدُهُمَا الشِّرَاءَ وَادَّعَتِ امْرَأَةٌ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا عَلَيْهِ فَهُمَا سَوَاءٌ .

وَإِنِ ادَّعَى أَحَدُهُمَا رَهْنًا وَقَبْضًا وَالآخَرُ هِبَةً وَقَبْضًا فَالرَّهْنُ أَوْلَى ، وَإِنْ أَقَامَ الْخَارِجَانِ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمِلْكِ وَالتَّارِيخِ فَصَاحِبُ التَّارِيخِ الأَبْعَدِ أَوْلَى ، وَإِنِ ادَّعَيَا الشِّرَاءَ مِنْ وَاحِدٍ

(وإن ادعى) اثنان على ثالث ذى يد (أحدهما شراء) منه (والآخر هبة وقبضاً وأقاما البينة) على ذلك (ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) لأنه أقوى ؛ لكونه معاوضة من الجانبين ، ولأنه يثبت بنفسه ، بخلاف الهبة ؛ فإنه يتوقف على القبض .

(وإن ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأة أنه تزوجها عليه فهما سواء) لاستوائهما فى القوة ؛ لأن كلا منهما معاوضة من الجانبين ، ويثبت الملك بنفسه .

(وإن ادعى أحدهما رهناً وقبضاً والآخر هبة وقبضاً فالرهن أولى) . قال فى الهداية : وهذا استحسان ، وفى القياس الهبة أولى ؛ لأنها تُثْبِت الملك ، والرهن لا يثبته ، وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون ؛ وبحكم الهبة غير مضمون ، وعقد الضمان أولى ، اهـ .

(وإن أقام) المدعيان (الخارجان البينة على الملك والتاريخ) المختلف (فصاحب التاريخ الأبعد) أى الأسبق تاريخاً (أولى) ؛ لأنه أثْبَتَ أنه أول المالكين ؛ فلا يتلقى الملك إلا من جهته ولم يتلق الآخر منه .

(وإن ادعيا الشراء من واحد) أى غير ذى يد لئلا يتكرر مع ما سبق

وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ عَلَى التَّارِيخَيْنِ فَالْأَوَّلُ أَوْلَى ، وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً عَلَى الشِّرَاءِ مِنْ آخَرَ وَذَكَرَا تَارِيخًا فَهُمَا سَوَاءٌ ، وَإِنْ أَقَامَ الْخَارِجُ الْبَيِّنَةَ عَلَى مِلْكٍ مُؤَرَّخٍ وَأَقَامَ صَاحِبُ الْيَدِ الْبَيِّنَةَ عَلَى مِلْكٍ أَقْدَمَ تَارِيخًا كَانَ أَوْلَى ، وَإِنْ أَقَامَ الْخَارِجُ وَصَاحِبُ الْيَدِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بِالنِّتَاجِ فَصَاحِبُ الْيَدِ أَوْلَى .

(وأقاما البينة على التاريخين) المختلفين (فالأول أولى) لما بينا أنه أثبته فى وقت لامنازع له فيه .

(و إن أقام كل واحد منهما بينة على الشراء من آخر) بأن قال أحدهما : اشتريت من زيد ، والآخر من عمرو (وذكرا تاريخا) متفقا أو مختلفا (فهما سواء) لأنهما يثبتان الملك لبائعهما ، فيصيران كأنهما أقاما البينة على الملك من غير تاريخ ، فيخير كل منهما بين أخذ النصف بنصف الثمن و بين الترك .

(و إن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ ، و) أقام (صاحب اليد البينة على ملك أقدم تاريخا كان) ذو اليد (أولى) ؛ لأن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع ، قال فى الهداية وشرح الزاهدى : وهذا عند أبى حنيفة و أبى يوسف ، وهو رواية عن محمد ، وعنه : لاتقبل بينة ذى اليد ، وعلى قولهما اعتمد المحبوبى والنسفى وغيرهما كما هو الرسم ، تصحيح .

(و إن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج) من غير تاريخ أو أرخا تاريخا واحداً ، بدليل ما يأتى (فصاحب اليد أولى) ، لأن البينة قامت على مالا تدل عليه اليد فاستويا ، وترجحت بينة ذى اليد ؛ فيقضى له ، ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل وأقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة إقامتها على النتاج فى يد نفسه ؛

وَكَذَلِكَ النَّسجُ فِي الثِّيَابِ الَّتِي لاَ تُنسَجُ إلاَّ مَرَّةً وَاحِدَةً ، وَكُلُّ سَبَبٍ فِي المِلْكِ لاَ يَتَكَرَّرُ فَهُوَ كَذَلِكَ ، وَإنْ أَقَامَ الخارِجُ البَيِّنَةَ عَلَى المِلْكِ وَصَاحِبُ اليَدِ بَيِّنَةً عَلَى الشِّرَاءِ مِنْهُ كَانَ أَوْلَى ، وَإنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ مِنَ الآخَرِ وَلاَ تَارِيخَ مَعَهُمَا تَهَاتَرَتِ البَيِّنَتَانِ .

لما ذكرنا ، ولو أقام أحدهما البينة على الملك المطلق والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان ؛ لأن البينة قامت على أولية الملك ؛ فلا يثبت للآخر إلا بالتَّلَقِّي من جهته ، وكذا إذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج عنده أولى ، لما ذكرناه ، ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يُقْضَى له ، إلا أن يعيدها ذو اليد ، لأن الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية ، وكذا المقضى عليه بالملك إذا أقام البينة على النتاج تقبل بينته وينقض القضاء ؛ لأنه بمنزلة النص ، هداية (وكذلك) أي مثل النتاج (النسج فى الثياب التى لا تنسج إلا مرة واحدة) كالكرباس (و) كذا (كل سبب فى الملك لا يتكرر) كغزل قطن ، وحَلْب لبن ، وجَزِّ صوف ، ونحو ذلك ، لأنه فى معنى النتاج ، فإن كان يتكرر كالبناء والغرس قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق ، وإن أشكل يرجع به إلى أهل الخبرة ، فإن أشكل عليهم قضى به للخارج ، وتمامه فى الهداية (وإن أقام الخارج البينة على الملك) المطلق (وصاحب اليد بينة على الشراء منه كان) صاحب اليد (أولى) ؛ لأنه أثبت تلقى الملك منه ؛ فصار كما إذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه (وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان) ويترك المدَّعَى به فى يد ذى اليد . قال فى الهداية : وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد : يقضى بالبينتين ، ويكون للخارج ، اهـ . قال فى التصحيح : وعلى قولهما اعتمد المصححون ، وقد رجحوا دليلهما قولا واحداً ، اهـ .

وَإِنْ أَقامَ أَحَدُ الْمُدَّعِيَيْنِ شَاهِدَيْنِ وَالآخَرُ أَرْبَعَةً فَهُمَا سَوَاء .

وَمَنِ ادَّعَى قِصاصًا عَلَى غَيْرِهِ فَجَحَدَ اسْتُحْلِفَ، فَإِنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ فِيما دُونَ النَّفْسِ لَزِمَهُ الْقِصَاصُ، وَإِنْ نَكَلَ فِي النَّفْسِ حُبِسَ حَتَّى يُقِرَّ أَوْ يَحْلِفَ، وَقالَ أَبُو يُوسُف ومحمد : يَلْزَمُهُ الأَرْشُ فِيهِما .

وَإِذَاقال الْمُدَّعِي « لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ » قِيلَ لِخَصْمِهِ « أَعْطِهِ كَفِيلاً بِنَفْسِكَ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ » .

(وإن أقام أحد المدعيين شاهدين ، و) أقام (الآخر أربعة) أو أكثر (فهما سواء) لأن كلّ شهادة علةٌ تامة ، وكذا لو كانت إحداهما أعدل من الأخرى ، لأن العبرة لأصل العدالة ، إذ لا حَدّ للأعدلية كما فى الدر .

(ومن ادعى قصاصاً على غيره فجحده) المدعَى عليه (استحلف) إجماعاً ، لأنه منكر (فإن نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص ، وإن نكل فى النفس حبس حتى يقر أو يحلف) وهذا عند أبى حنيفة ؛ لأن النكول عنده بَذْلٌ معنى ، والأطراف ملحقة بالأموال ، فيجرى فيها البذل ، ولهذا تستباح بالإباحة كقلع السن عند وَجَعِهِ وقطع الطرف عند وقوع الآكلة ، بخلاف النفس ، فإن أمرها أعظم ، ولا تستباح بحال ، ولهذا لو قال له « اقتلنى » فقتله تجب الدية (وقالا : يلزمه الأرش فيهما) ؛ لأن النكول عندهما إقرار فيه شبهة ، فلا يثبت به القصاص ، ويثبت به الأرش ، قال فى التصحيح : وعلى قول الإمام مشى المصححون .

(وإذا قال المدعى : لى بينة حاضرة) فى المصر (قيل لخصمه : أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) ؛ لئلا يُغَيِّبَ نفسه فيضيع حقه ، والكفالة بالنفس جائزة عندنا وأخذ الكفيل لمجرد الدعوى استحسان عندنا ؛ لأن فيه نظرا للمدعى، وليس فيه كثير

فَإِنْ فَعَلَ وَإِلاَّ أُمِرَ بِمُلاَزَمَتِهِ ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ غَرِيباً عَلَى الطَّرِيقِ فَيُلاَزِمُهُ مِقْدَارَ مَجْلِسِ الْقَاضِي .

وَإِنْ قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ « هٰذَا الشَّيْءُ أَوْدَعَنِيهِ فُلاَنٌ الْغَائِبُ ، أَوْ رَهَنَهُ عِنْدِي ، أَوْ غَصَبْتُهُ مِنْهُ » وَأَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى ذَلِكَ فَلاَ خُصُومَةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُدَّعِي ،

ضرر بالمدعى عليه ، والتقدير بثلاثة أيام مَرْوِيٌّ عن أبي حنيفة ، وهو الصحيح ، ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير كما في الهداية (فإن فعل) أي أعطى كفيلا بنفسه فبها (وإلا أمر بملازمته) لئلا يذهب حقه (إلا أن يكون) المدعى عليه (غريباً) مسافراً (على الطريق فيلازمه مقدار مجلس القاضي) فقط ، وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس ؛ فالاستثناء منصرف إليهما ؛ لأن في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضراراً به يمنعه عن السفر ، ولا ضرر في هذا المقدار ظاهراً ، هداية .

(وإذا قال المدعى عليه) في جواب مدعى الملك (هذا الشيء) المدعى به ، منقولا كان أو عقاراً (أودعنيه فلان الغائب) أو أعارنيه ، أو آجَرَنيهِ (أو رهنه عندي ، أو غصبته منه) أي من الغائب (وأقام بينة على ذلك) وقال الشهود : نعرفه باسمه ونسبه أو بوجهه ، وشرط محمد معرفته بوجهه أيضاً ، قال في البزازية : وتعويل الأئمة على قول محمد ، اهـ (فلا خصومة بينه وبين المدعى) ؛ لأنه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة ، وقال أبو يوسف : إن كان الرجل صالحاً فالجواب كما قلنا ، وإن كان معروفاً بالحيل لا تندفع عنه الخصومة ، قال في الدر : وبه يؤخذ ، واختاره في المختار ، وهذه مخمسة كتاب الدعوى ، لأن فيها أقوال خمسة علماء كما بسط في الدر ، أو لأن

وَإِنْ قَالَ « ابْتَعْتُهُ مِنَ الْغَائِبِ » فَهُوَ خَصْمٌ .

وَإِنْ قَالَ الْمُدَّعِي « سُرِقَ مِنِّي » وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ ، وَقَالَ صَاحِبُ الْيَدِ « أَوْدَعَنِيهِ فُلَانٌ » وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ لَمْ تَنْدَفِعِ الْخُصُومَةُ ، وَإِنْ قَالَ الْمُدَّعِي « ابْتَعْتُهُ مِنْ فُلَانٍ » وَقَالَ صَاحِبُ الْيَدِ « أَوْدَعَنِيهِ فُلَانٌ ذَلِكَ » سَقَطَتِ الْخُصُومَةُ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ .

صورها خمس ، اهـ . قيدنا بدعوى الملك لأنه لو كان دعواه عليه الغصب أو السرقة لا تندفع الخصومة ؛ لأنه يصير خصما بدعوى الفعل عليه ، لا بيده ، بخلاف دعوى الملك ، وتمامه فى الهداية .

(وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم) ، لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما .

(وإن قال المدعى سُرِق) بالبناء للمجهول (منى) هذا الشئ (وأقام البينة) على دعواه (وقال صاحب اليد أودعنيه فلان وأقام البينة) على دعواه (لم تندفع الخصومة)قال فى الهداية : وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، وهو استحسان، وقال محمد : تندفع ؛لأنه لم يَدَّعِ الفعل عليه فصار كما إذا قال : غصب منى — على مالم يسم فاعله — ولهما أن ذكر الفعل يستدعى الفاعل لامحالة ، والظاهر أنه هو الذى فى يده ، إلا أنه لم يعينه دَرْءا للحد عنه شفقة عليه وإقامة لحسبة الستر ، فصار كما إذا قال « سرقت » بخلاف الغصب ؛ لأنه لا حَدَّ فيه فلا يحترز عن كشفه ، اهـ . قال الإسبيجابى : والصحيح الاستحسان ، وعليه اعتمد الأئمة المصححون ، تصحيح .

(وإذا قال المدعى ابتعته من فلان) الغائب(وقال صاحب اليد أودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة) عن المدعى عليه (بغير بينة) لتصادقهما على أن الملك لغير

وَالْيَمِينُ بِاللهِ تَعَالَى دُونَ غَيْرِهِ ، وَيُؤَكَّدُ بِذِكْرِ أَوْصَافِهِ ، وَلاَ يُسْتَحْلَفُ بِالطَّلاَقِ ، وَلاَ بِالْعَتَاقِ ، وَيُسْتَحْلَفُ الْيَهُودِيُّ بِاللهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَاةَ عَلَى مُوسَى ، وَالنَّصْرَانِيُّ بِاللهِ الَّذِي أَنْزَلَ الْإِنْجِيلَ عَلَى عِيسَى ، وَالْمَجُوسِيُّ بِاللهِ الَّذِي خَلَقَ النَّارَ ،

ذى اليد ؛ فلم تكن يده يد خصومة ، إلا أن يقيم المدَّعِي البينة أن فلاناً وكله بقبضه ، لإثباته كونه أحق بإمساكه .

(واليمين) إنما هى (بالله تعالى دون غيره) لقوله صلى الله عليه وسلم : « من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليَذَرْ » (ويؤكد) أى يغلظ اليمين (بذكر أوصافه) تعالى المرهبة ، كقوله قل : والله الذى لا إلٰهَ إلا هو عالم الغيب والشهادة الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ، وله أن يزيد على هذا أو ينقص ، إلا أنه يجتنب العطف كيلا يتكرر اليمين ، لأن المستحق عليه يمين واحدة ، والاختيار فيه إلى القاضى ، وقيل : لا يغلَّظُ على المعروف بالصلاح ، ويغلظ على غيره ، وقيل : يغلظ فى الخطير من المال دون الحقير ، كما فى الهداية .

(ولا يستحلف بالطلاق ، ولا بالعتاق) فى ظاهر الرواية ، قال قاضيخان : وبعضهم جوز ذلك فى زماننا ، والصحيح ظاهر الرواية ، تصحيح . فلو حلف به فنكل لا يقضى عليه بالنكول ؛ لنكوله عما هو منهى عنه شرعا .

(ويستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى ، والنصرانى بالله الذى أنزل الإنجيل على عيسى ، والمجوسى بالله الذى خلق النار) فيغلظ على كل بمعتقده ، فلو اكتفى بالله كفى كالمسلم ، اختيار . قال فى الهداية : هكذا ذكر محمد فى الأصل ، ويروى عن أبى حنيفة أنه لا يستحلف غير اليهودى والنصرانى إلا بالله ، وهو اختيار

وَلَا يُحَلَّفُونَ فِى بُيُوتِ عِبَادَاتِهِمْ .

وَلَا يَجِبُ تَغْلِيظُ الْيَمِينِ عَلَى الْمُسْلِمِ بِزَمَانٍ وَلَا بِمَكَانٍ .

وَمَنِ ادَّعَى أَنَّهُ ابْتَاعَ مِنْ هٰذَا عَبْدَهُ بِأَلْفٍ فَجَحَدَ يُسْتَحْلَفُ بِاللهِ مَا بَيْنَكُمَا بَيْعٌ قَائِمٌ فِيهِ ، وَلَا يُسْتَحْلَفُ بِاللهِ مَا بِعْتُ ، وَيُسْتَحْلَفُ فِى الْغَصْبِ بِاللهِ مَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْكَ

بعض مشايخنا ؛ لأن فى ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها ، ومايبنغى أن تعظم . بخلاف الكتابين ؛ لأن كتب الله تعالى معظمة ، والوثنى لايحلَّفُ إلا بالله تعالى ؛ لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله ، قال الله تعالى : « ولئن سألتهم من خلقهم ليقولُنَّ الله» . اه

(ولا يحلفون فى بيوت عباداتهم) ، لكراهة دخولها ، ولما فيه من إيهام تعظيمها .

(ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان) كيوم الجمعة بعد العصر (ولا بمكان) كبين الركن والمقام بمكة ، وعند منبر النبى صلى الله عليه وسلم فى المدينة ؛ لأن المقصود تعظيم المُقْسَم به ، وهو حاصل بدون ذلك ، وفى إيجاب ذلك تكليف القاضى حضورها ، وهو مدفوع ، هداية .

(ومن ادعى أنه ابتاع) أى اشترى (من هذا) الحاضر (عبده بألف فجحده) المدعى عليه (استحلف بالله) تعالى (مابينكما بيع قائم فيه) : أى فى هذا العبد (ولا يستحلف بالله مابعت) هذا العبد ، لاحتمال أنه باع ثم فسخ أو أقال (ويستحلف) كذلك (فى الغصب) بأن يقول له (بالله مايستحقُّ عليك

رَدَّهُ ، وَلاَ يَحْلِفُ بِاللهِ ما غَصَبْتُ ، وَفى النِّكاحِ باللهِ ما بَيْنَكُمَا نِكاحٌ قائِمٌ في الحالِ ، وَفى دَعْوَى الطَّلاَقِ بِاللهِ ما هِيَ بَائِنٌ مِنْكَ السَّاعَةَ بِمَا ذَكَرَتْ ، ولاَ يُسْتَحْلَفُ بِاللهِ ما طَلَّقْتَها .

وَإذَا كَانَتْ دَارٌ فى يَدِ رَجُلٍ ادَّعاها اثْنَانِ أَحَدُهُمَا جَمِيعَهَا وَالآخَرُ نِصْفَهَا وَأقامَا الْبَيِّنَةَ فَلِصَاحِبِ الْجَمِيعِ ثَلاَثَةُ أَرْبَاعِهَا وَلِصَاحِبِ النِّصْفِ رُبُعُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ،

رده ، ولا يحلف بالله ماغصبت) ؛ لاحتمال هبته أو أداء ضمانه (و) كذلك فى النكاح ، بأن يقول له : (بالله ما بينكما نكاح قائم فى الحال) ؛ لاحتمال الطلاق البائن (وفى دعوى الطلاق بالله ماهى بائن منك الساعة بما ذكرت) أى بالوجه الذى ذكرتْهُ المدعية (ولا يستحلف بالله ماطلقتها) ، لاحتمال تجدد النكاح بعد الإبانة ، فيحلف على الحاصل ، وهوصورة إنكار المنكر ؛ لأنه لوحلف على السبب يتضرر المدَّعَى عليه ، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : يحلف فى الجميع على السبب إلا إذا عرض بما ذكر فيحلف على الحاصل ، قال فى الهداية : والحاصل هو الأصل عندهما ، إذا كان سبباً يرتفع ، وإن كان لا يرتفع فالتحليف على السبب بالإجماع ، كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه ، وتمامه فيها .

(وإذا كانت دار فى يد رجل ادعاها) عليه (اثنان) فادعى (أحدهما جميعها) وادعى (الآخر نصفها وأقاما البينة) على ذلك (فلصاحب) دعوى (الجميع ثلاثة أرباعها ، ولصاحب) دعوى (النصف ربعها عند أبى حنيفة)

وَقَالَ أبُو يُوسُفَ وَمحمد : هِيَ بَيْنَهُمَا أثْلاَثاً ، وَلَوْ كَانَتْ فى أيْدِيهما سُلِمتْ لصاحب الجَمِيع : نِصْفُهَا عَلَى وَجْهِ القَضَاء ، وَنِصْفُها لاَ عَلَى وَجْهِ القَضَاء .

وَإِذَا تَنَازَعَا فى دَابَّةٍ وَأقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا بَيِّنَة أنَّهَا نُتِجَتْ عِنْدَهُ وَذَكرا تارِيخاً وَسِنُّ الدَّابَّةِ يُوَافِقُ أحَدَ التَّارِيخَيْنِ فَهُوَ أوْلى ، وَإنْ أشْكَلَ ذَلِكَ كانَتْ بَيْنَهُمَا .

اعتباراً لطريق المنازعة ، فإن صاحب النصف لاينازع الآخر فى النصف ، فسلم له ، واستوت منازعتهما فى النصف الآخر ؛ فيتنصف بينهما (وقالا : هى بينهما أثلاثا) اعتباراً لطريق العَوْل؛ لأن فى المسألة كلا ونصفاً ، فالمسألة من اثنين ، وتعول إلى ثلاثة ؛ فتقسم بينهما أثلاثاً ، قال فى التصحيح : واختار قوله البرهانى والنسفى وغيرهما (ولو كانت) الدار (فى أيديهما) أى المدعيين والمسألة بحالها (سُلِّمت) الدار كلها (لصاحب) دعوى (الجميع) ولكن يسلم له (نصفها على وجه القضاء ، ونصفها) الآخر (لا على وجه القضاء) ، لأنه خارج فى النصف ، فيقضى ببينته ، والنصف الذى فى يده لايدعيه صاحبه ، لأن مدعاه النصف ، وهو فى يده سالم له ، ولو لم تنصرف إليه دعواه كان ظالما فى إمساكه ، ولاقضاء بدون الدعوى ، فيترك فى يده ، هداية .

(وإذا تنازعا فى دابة) فى يدهما ، أو فى يد أحدهما ، أو غيرهما (وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت) بالبناء للمجهول (عنده وذكرا تاريخاً) مختلفاً (وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو) أى صاحب التاريخ للموافق لسنها (أولى) ، لأن الظاهر يشهد بصدق بينته فترجح (وإن أشكل ذلك) أى سنها (كانت بينهما) إن كانت فى أيديهما ، أو فى يد غيرهما ، وإن فى يد أحدهما قضى،

وَإِذَا تَنَازَعَا دَابَّةً أَحَدُهُمَا رَاكِبُهَا وَالآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِلِجَامِهَا فَالرَّاكِبُ أَوْلَى ، وَكَذَلِكَ إِذَا تَنَازَعَا بَعِيراً وَعَلَيْهِ حِمْلٌ لِأَحَدِهِمَا فَصَاحِبُ الْحِمْلِ أَوْلَى ، وَكَذَلِكَ إِذَا تَنَازَعَا قَمِيصًا أَحَدُهُمَا لَابِسُهُ وَالآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِكُمِّهِ فَاللَّابِسُ أَوْلَى .

وَإِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فِي الْبَيْعِ فَادَّعَى أَحَدُهُمَا ثَمَنًا وَادَّعَى الْبَائِعُ أَكْثَرَ مِنْهُ أَوِ اعْتَرَفَ الْبَائِعُ بِقَدْرٍ .

لهما ، لأنه سقط التوقيت وصارا كأنهما لم يذكرا تاريخا ، وإن خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان ، كذا ذكره الحاكم الشهيد ، لأنه ظهر كذب الفريقين ، فيترك في يد من كانت في يده ، هداية . قيد بذكر التاريخ لأنه لو لم يؤرخا قضى بها لذى اليد ، ولهما إنْ فى أيديهما أو فى يد ثالث .

(وإذا تنازعا دابة أحدُهما راكبُها والآخر متعلق بلجامها ، فالراكب أولى) ؛ لأن تصرفه أظهر ، فإنه يختص بالملك ، وكذا إذا كان أحدهما راكبا فى السرج ، والآخر رَدِيفَه ؛ فالراكب فى السرج أولى ، لما ذكرنا ، بخلاف ما إذا كانا راكبين حيث يكون بينهما ، لاستوائهما فى التصرف ، هداية .

(وكذلك) الحكم (إذا تنازعا بعيراً وعليه حمل لأحدهما) والآخر قائد له (فصاحب الحمل أولى) من القائد ؛ لأنه هو المتصرف .

(وإذا تنازعا قميصاً أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى) ، لأنه أظهرهما تصرفا .

(وإذا اختلف المتبايعان فى البيع) أى فى ثمن المبيع (فادعى أحدهما) أى المشترى (ثمنا وادعى البائع أكثر منه ، أو) فى قدره ، بأن (اعترف البائع بقدر

مِنَ الْمَبِيعِ وادَّعَى الْمُشْتَرِى أَكْثَرَ مِنْهُ وَأَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ قُضِىَ لَهُ بِهَا وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ كَانَتِ الْبَيِّنَةُ الْمُثْبِتَةُ لِلزِّيَادَةِ أَوْلَى، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ قِيلَ لِلْمُشْتَرِى: إِمَّا أَنْ تَرْضَى بِالثَّمَنِ الَّذِى ادَّعَاهُ الْبَائِعُ وَإِلَّا فَسَخْنَا الْبَيْعَ، وَقِيلَ لِلْبَائِعِ: إِمَّا أَنْ تُسَلِّمَ مَا ادَّعَاهُ الْمُشْتَرِى مِنَ الْمَبِيعِ وَإِلَّا فَسَخْنَا الْبَيْعَ، فَإِنْ لَمْ يَتَرَاضَيَا اسْتَحْلَفَ الْحَاكِمُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى دَعْوَى الْآخَرِ: يَبْتَدِىءُ بِيَمِينِ الْمُشْتَرِى،

من المبيع وادعى المشترى أكثر منه) أى: بأكثر من القدر الذى اعترف به البائع (وأقام أحدهما) أى: البائع والمشترى (البينة) على دعواه (قضى له بها)، لأن فى الجانب الآخر مجرد الدعوى، والبينة أقوى منها (وإن أقام كل واحد منهما البينة) على دعواه (كانت البينة المثبتة للزيادة أولى)، لأنها أكثر بياناً وإثباتاً، فبينة البائع أولى لو الاختلاف فى الثمن، وبينة المشترى لو فى قدر المبيع، ولو اختلفا فى الثمن والمبيع جميعاً فبينة البائع أولى فى الثمن، وبينة المشترى فى المبيع، نظراً إلى زيادة الإثبات (فإن لم يكن لكل واحد منهما بينة) تثبت مدعاه (قيل للمشترى: إما أن ترضى بالثمن الذى ادعاه البائع وإلا فسخنا البيع) بينكما (وقيل للبائع: إما أن تسلِّم ما) أى القدر الذى ادعاه المشترى من المبيع وإلا فسخنا البيع)؛ لأن المقصود قطع المنازعة، وهذا جهة فيه؛ لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ، فإذا علما به يتراضيان (فإن لم يتراضيا) والمبيع قائم (استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر)؛ لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه (يبتدىء) الحاكم (بيمين المشترى) قال فى الهداية: وهذا قول محمد وأبى يوسف آخراً، وهو رواية عن أبى حنيفة، وهو

فإذَا حَلفَا فَسَخَ القَاضِى البَيْعَ بَيْنَهما ، وَإنْ نَكَلَ أحَدُهما عَنِ اليمِينِ لَزِمَهُ دَعْوَى الآخرِ .

وَإنِ اخْتَلَفا فى الأجَلِ أوْ فى شَرْطِ الخِيَارِ أوْ فى اسْتِيفَاءِ بَعْضِ الثَّمَنِ فَلاَ تَحَالُفَ بيْنَهما ، وَالقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يُنْكِرُ الخيارَ وَالأجَلَ مَعَ يَمِينِهِ .

الصحيح ، اه . وقال الإسبيجابى : يبدأ بيمين المشترى ، وفى رواية بيمين البائع ، وهكذا ذكر أبو الحسن فى جامعه ، والصحيح الرواية الأولى ، وعليه مشى الأئمة المصححون ، تصحيح (فإذا حلفا فسخ القاضى البيع بينهما) ؛ لأنه إذا تحالفا بقى العقد بلا بدل معين فيفسد ، قال فى الهداية : وهذا يدل على أنه لا ينفسخ بنفس التحالف ؛ لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما ، فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضى قطعاً للمنازعة ، أو يقال : إذا لم يثبت البدل يبقى بيعاً بلا بدل وهو فاسد ، ولا بد من الفسخ فى فاسد البيع ، اه (وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر) ، لأنه جعل باذلا فلم تبق دعواه معارضة لدعوى الآخر ؛ فلزمه القول بثبوته ، هداية .

(وإن اختلفا فى الأجل ، أو فى شرط الخيار ، أو فى استيفاء بعض الثمن — فلا تحالف بينهما) ؛ لأن هذا اختلاف فى غير المعقود عليه والمعقود به ، فأشبه الاختلاف فى الحط والإبراء ، وهذا لأن بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد ، بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف فى القدر فى جريان التحالف ، لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن ، فإن الثمن دين ، وهو يعرف بالوصف ، ولا كذلك الأجل ؛ لأنه ليس بوصف ، ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه ، هداية (والقول قول من ينكر الخيار والأجل) والاستيفاء (مع يمينه) ؛ لأن القول قول المنكر .

وَإِنْ هَلَكَ الْمَبِيعُ ثُمَّ اخْتَلَفَا لَمْ يَتَحالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُف وَجُعِلَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُشْتَرِى . وَقَالَ مُحَمَّدٌ : يَتَحالَفَانِ ، وَيُفْسَخُ الْبَيْعُ عَلَى قِيمَةِ الْهَالِكِ.

وَإِنْ هَلَكَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ ثُمَّ اخْتَلَفَا فِى الثَّمنِ لَمْ يَتَحالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلاَّ أَنْ يَرْضَى الْبَائِعُ أَنْ يَتْرُكَ حِصَّةَ الْهَالِكِ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : يَتَحالَفَان وَيُفَسَخُ الْبَيْعُ فِي الْحَيِّ وَقِيمَةِ الْهَالِكِ .

(وإن هلك المبيع) أى بعد القبض قبل نقد الثمن ، وكذا إذا خرج من ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بالعيب (ثم اختلفا) فى ثمنه (لم يتحالفا عند أبى حنيفة وأبى يوسف) ؛ لأن التحالف فيما إذا كانت السلعة قائمة عرف بالنص ، والتحالف فيه يُفْضِى إلى الفسخ ، ولا كذلك بعد هلاكها ، لارتفاع العقد ؛ فلم يكن بمعناه (وجعل القول قول المشترى) بيمينه ؛ لأنه منكرٌ لزيادة الثمن (وقال محمد : يتحالفان ويفسخ البيعَ على قيمة الهالك) ؛ لأنه اختلاف فى ثمن عقد قائم بينهما ، فأشبه حال بقاء السلعة ، قال جمال الإسلام : والصحيح قولهما ، وعليه مشى المحبوبى والنسفى وغيرهما كما هو الرسم ، تصحيح .

(وإن) هلك بعض المبيع ، كأن (هلك أحد العبدين) أو الثوبين ، أونحو ذلك (ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا عند أبى حنيفة) ؛ لما مر من أن التحالف ثبت على خلاف القياس حال قيام السلعة ، وهى اسم لجميع أجزائها ، فلا يبقى بفوات بعضها (إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك) أصلاً ، لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابله القائم ويخرج الهالك عن العقد ؛ فيتحالفان . (وقال أبو يوسف : يتحالفان ويفسخ البيع فى الحى وقيمة الهالك)

وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ .

وَإِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي الْمَهْرِ فَادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا بِأَلْفٍ وَقَالَتْ « تَزَوَّجْتَنِي بِأَلْفَيْنِ » فَأَيُّهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ ، وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمَرْأَةِ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ تَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَلَمْ يُفْسَخِ النِّكَاحُ ، وَلَكِنْ يُحَكَّمُ مَهْرُ الْمِثْلِ ، فَإِنْ كَانَ مِثْلَ

لأن امتناع التحالف للهلاك ، فيتقدر بقدره (وهو قول محمد)

قال الإسبيجابى : هكذا ذكر هنا ، وذكر فى الجامع الصغير : أن القول قول المشترى فى حصة الهالك ، ويتحالفان على الباقى عندأبى يوسف ، وعندمحمد يتحالفان عليهما ؛ ويرد القائم وقيمة الهالك ، والصحيح قول أبى حنيفة ، وعليه مشى المحبوبى والنسفى وغيرهما ، تصحيح .

(وإذا اختلف الزوجان فى) قدر (المهر) أو فى جنسه (فادعى الزوج أنه تزوجها بألف ، وقالت) المرأة (تزوجتنى بألفين) أو مائة مثقال (فأيهما أقام البينة قبلت بينته) ، لأنه نوّر دعواه بالحجة (وإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة) لأنها تثبت الزيادة . قال فى الهداية : معناه إذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته ، اهـ. أما إذا كان مهر مثلها مثل ما ادعته أو أكثر كانت بينة الزوج أولى ؛ لأنها تثبت الحط ، و بينتها لا تثبت شيئاً ، لأن ما ادعته ثابت لها بشهادة المثل ، كما فى الكفاية (وإن لم تكن لهما بينة تحالفا عند أبى حنيفة ، ولم يفسخ النكاح) ؛ لأن أثر التحالف فى انعدام التسمية ، وهو لايخل بصحة النكاح ؛ لأن المهر تابع فيه ، بخلاف البيع ؛ لأن عدم التسمية يفسده على مامر فيفسخ (ولكن) حيث انعدمت التسمية (يحكم مهر المثل ، فإن كان) مهر مثلها (مثل

مَا اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ أَوْ أَقَلَّ قُضِيَ بِمَا قَالَ الزَّوْجُ ، وَإِنْ كَانَ مِثْلَ مَاادَّعَتْهُ الْمَرْأَةُ أَوْأَكْثَرَ قُضِيَ بِمَا ادَّعَتْهُ الْمَرْأَةُ ، وَإِنْ كَانَ مَهْرُ الْمِثْلِ أَكْثَرَ مِمَّا اعْتَرَفَ بِهِ الزوْجُ وأَقَلَّ مِمَّا ادَّعتْهُ الْمَرْأَة قُضِيَ لَهَا بِمَهْرِ الْمِثْلِ .

وإِذَا اخْتَلَفَا فى الْإِجَارَةِ قَبْلَ اسْتِيفَاء الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا ، وَإِن اخْتَلَفَا بَعْدَ الِاسْتِيفَاء لَمْ يَتَحَالَفَا وَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُسْتأجِر

ما اعترف به الزوج أو أقل ، قضى بما قال الزوج) ؛ لأن الظاهر شاهد له . (وإن كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر قضى بما ادعته المرأة) ؛ لأن الظاهر شاهد لها (وإن كان مهر المثل) بينهما بأن كان (أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضى لها بمهر المثل) ؛ لأنهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحطُّ عنه .

(وإذا اختلفا فى الإجارة) فى البدل أو المبدل (قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا) ، لأنه عقد معاوضة قابل للفسخ ، فكان بمنزلة البيع ، وبدأ بيمين المستأجر لو اختلفا فى البدل، والمؤجر لو فى المدة ، وأن بَرْهَنَا فالبينة للمؤجر فى البدل وللمستأجر فى المدة كما فى الدر (وإن اختلفا بعد الاستيفاء) لجميع المعقود عليه (لم يتحالفا ، وكان القول قول المستأجر) قال فى الهداية : وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ظاهر، لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما ، وكذا على أصل محمد ، لأن الهلاك إنما لا يمنع التحالف عنده فى البيع ، لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ، ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة ؛ لأن المنافع لا تتقوم

وَإِنِ اخْتَلَفَا بَعْدَ اسْتِيفَاءِ بَعْضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ تَحَالَفَا وَفُسِخَ الْعَقْدُ فِيمَا بَقِيَ وَكَانَ الْقَوْلُ فِي الْمَاضِي قَوْلَ الْمُسْتَأْجِرِ .

وَإِذَا اخْتَلَفَ الْمَوْلَى وَالْمُكَاتَبُ فى مَالِ الْكِتَابَةِ لَمْ يَتَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يَتَحَالَفَانِ وَتُفْسَخُ الْكِتَابَةُ .

وَإِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ فَمَا يَصْلُحُ لِلرِّجَالِ فَهُوَ لِلرَّجُلِ، وَمَا يَصْلُحُ لِلنِّسَاءِ فَهُوَ لِلْمَرْأَةِ ، وَمَا يَصْلُحُ لَهُمَا فَهُوَ لِلرَّجُلِ .

بنفسها ، بل بالعقد ، وتبين حينئذ أنه لا عقد ، وإذا امتنع التحالف فالقول للمستأجر مع يمينه ؛ لأنه هو المستحق عليه ، اه .

(وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقى) اتفاقا ؛ لأن العقد ينعقد ساعة فساعة ؛ فيصير فى كل جزء من المنفعة كأنه ابتدأ العقد عليها ، بخلاف البيع ؛ لأن العقد فيه دفعة واحدة ، فإذا تعذر فى البعض تعذر فى الكل ، هداية (وكان القول فى الماضى قول المستأجر) ؛ لأنه منكر .

(وإذا اختلف المولى والمكاتب فى) قدر (مال الكتابة لم يتحالفا عند أبى حنيفة) لأن التحالف ورد فى البيع على خلاف القياس ، والكتابة ليست فى معنى البيع ؛ لأنه ليس بلازم فى جانب المكاتب (وقالا : يتحالفان وتفسخ الكتابة) ؛ لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ ، فأشبه البيع معنى ، قال فى التصحيح : وقوله هو المعول عليه عند النسفى ، وهو أصح الأقاويل والاختيارات عند المحبوبى

(وإذا اختلف الزوجان فى متاع البيت) ـ وهو ما يكون فيه ، ولو ذهبا أو فضة ـ (فما يصلح للرجال) فقط كالعمامة والقلنسوة (فهو للرجل ، وما يصلح للنساء) فقط كالخمار والملحفة (فهو للمرأة) بشهادة الظاهر ، إلا إذا كان كل منهما يفعل أو يبيع ما يصلح للآخر ، فإنه بمنزلة الصالح لهما ؛ لتعارض الظاهرين ، (وما يصلح لهما) كالآنية والنقود (فهو للرجل) ؛ لأن المرأة وما فى يدها فى يد

وَإِذَ ماتَ أَحدُهمَا وَاخْتَلفَ وَرَثَتُهُ مَعَ الآخَرِ ، فمَا يَصْلحُ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاء فَهُوَ لِلبَاقِي منهُمَا ، وَقالَ أَبُو يُوسُفَ : يُدْفعَ إلى الْمَرْأَةِ ما يُجَهِّزُ بِهِ مِثْلُهاَ وَالْبَاقِي لِلزَّوْجِ .

وَإِذَا بَاعَ الرَّجُلُ الْجَارِيَةَ فَجاءتْ بِوَلَدٍ فادَّعَاهُ البَائِعُ ، فإن جَاءتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ الْبَيْعِ فَهُوَ ابْنُ البائعِ وَأُمُّهُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ

الزوج ، والقول فى الدعاوى لصاحب اليد ، بخلاف مايختص بها ، لأنه يعارضه ظاهر أقوى منه ، ولا فرق بينهما إذا كان الاختلاف فى حال قيام النكاح أو بعدما وقعت الفرقة ، هداية .

(فإن مات أحدهما واختلف ورثته) أى ورثة أحد الزوجين الميت (مع) الزوج (الآخر) الحى (فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقى) أى الحى (منهما) سواء كان الرجل أو المرأة ، لأن اليدَ للحى دون الميت ، وهذا قول أبى حنيفة ، (وقال أبو يوسف : يدفع إلى المرأة) سواء كانت حية أو ميتة (ما) أى مقدار (يجهز به مثلها ، والباقى) بعده يكون (للزوج) مع يمينه ؛ لأن الظاهر أن المرأة تأتى بالجهاز ، وهذا أقوى ، فيبطل به ظاهر الزوج ، ثم فى الباقى لامعارض لظاهره فيعتبر ، والطلاق والموت سواء ؛ لقيام الورثة مقام مورثهم ، وقال محمد : ما كان للرجال فهو للرجل ، وما كان للنساء فهو للمرأة ، ومايكون لهما فهو للرجل أو لورثته ، والطلاق والموت سواء ، قال الإسبيجابى : والقول الصحيح قول أبى حنيفة ، واعتمده النسفى والمحبوبى وغيرهما ، تصحيح .

(وإذا باع الرجل جارية فجاءت بولد فادعاه البائع ، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم البيع فهو ابن البائع ، وأمه أم ولد له) استحساناً ؛ لأن اتصال العلوق فى ملكه شهادة ظاهرة على كونه منه ، ومَبْنَى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض ، وإذا صحت الدعوى فاستندت إلى وقت العلوق تبين أنه باع أم

فَيُفْسَخُ الْبَيْعُ فِيهِ وَيَرُدُّ الثَّمَنَ ، وَإِنِ ادَّعَاهُ الْمُشْتَرِى مَعَ دَعْوَى الْبَائِعِ أَوْ بَعْدَهُ فَدَعْوَى الْبَائِعِ أَوْلَى ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَى الْبَائِعِ فِيهِ ، إِلاَّ أَنْ يُصَدِّقَهُ الْمُشْتَرِى .

وَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ فَادَّعَاهُ الْبَائِعُ وَقَدْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَثْبُتْ الِاسْتِيلاَدُ فِي الْأُمِّ ، وَإِنْ مَاتَتِ

ولده (فيفسخ البيع فيه) ، لأن بيع أم الولد لايجوز (ويرد) البائع (الثمن) الذى قبضه ، لأنه قبضه بغير حق (وإن ادعى المشترى) الولد أيضاً ، سواء كانت دعواه (مع دعوى البائع أو بعده فدعوى البائع أولى) ، لأنها تستند إلى وقت العلوق ، فكانت أسبق ، قال القهستانى : وفيه إشعار بأنه لو ادعاه المشترى قبل دعوى البائع ثبت نسبه منه وحمل على النكاح ، اه .

(وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر) ولدون الحولين (لم تقبل دعوى البائع فيه) ؛ لاحتمال حدوثه بعد البيع (إلا أن يصدقه المشترى) فيثبت النسب ويبطل البيع ، والولد حرٌّ ، والأم أم ولد له ، كما فى المسألة الأولى ؛ لتصادقهما واحتمال العلوق فى الملك ، هداية . وفى القهستانى : وفيه إشارة إلى أنه لو ادعياه اعتبر دعوى المشترى ؛ لقيام الملك المحتمل للعلوق كما فى الاختيار ، اه .

وإن جاءت به لأكثر من سنتين لم تصح دعوى البائع إلا إذا صدقه المشترى ، فيثبت النسب ، ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ، ولا يبطل البيع ، وتمامه فى الهداية .

(وإن مات الولد فادعاه البائع وقد) كانت (جاءت به لأقل من ستة أشهر) من وقت البيع (لم يثبت الاستيلاد فى الأم) ، لأنها تابعة للولد ، ولم يثبت نسبه بعد الموت ، لعدم حاجته إلى ذلك ، فلا يتبعه استيلاد الأم (وإن ماتت

الْأَمُ فادَّعَى الْبَائِعُ الِابْنَ ، وَقَدْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهُ فِي الْوَلَدِ ، وَأَخَذَهُ الْبَائِعُ ، وَيَرُدُّ الثَّمَنَ كُلَّهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يَرُدُّ حِصَّةَ الْوَلَدِ ، وَلَا يَرُدُّ حِصَّةَ الْأُمِّ .

وَمَنِ ادَّعَى نَسَبَ أَحَدِ التَّوْأَمَيْنِ ثَبَتَ نَسَبُهُمَا مِنْهُ ؛ وَاللهُ أَعْلَمُ .

الأم) وبقي الولد (فادعاه البائع ، وقد)كانت (جاءت به لأقل من ستة أشهر) مذ بيعت (يثبت النسب منه فى الولد ، وأخذه البائع) ؛ لأن الولد هو الأصل فى النسب ، فلا يضره فوات التبع (ويرد الثمن كله فى قول أبى حنيفة) ؛ لأنه تبين أنه باع أم ولده ، وماليتها غير متقومة عنده فى العقد والغصب ؛ فلا يضمنها المشترى (وقال أبو يوسف ومحمد : يرد حصة الولد ، ولا يرد حصة الأم) بأن يقسم الثمن على الأم وقيمة الولد ، فما أصاب الولد رده البائع ، وما أصاب الأم سقط عنه ، لأن الثمن كان مقابلا بهما ، وماليتها متقومة عندهما ، فيضمنها المشترى . قال فى التصحيح : وعلى قول الإمام مشى الأئمة كالنسفى والمحبوبى والموصلى وصدر الشريعة

(ومن ادعى نسب أحد التوأمين) وهما ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر (ثبت نسبهما منه) ؛ لأنهما من ماء واحد ، ، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر ؛ إذ لا يتصور علوق الثانى حادثا ؛ لأنه لأجل أقل من ستة أشهر ، هداية .

كتاب الشهادات

الشَّهادَةُ : فَرْضٌ يَلْزَمُ الشُّهُودَ أَدَاؤُهَا ، وَلاَ يَسَعُهُمْ كِتْمَانُهَا إِذَا طَالَبَهُمُ الْمُدَّعى .

وَالشَّهادَةُ فى الْحُدُودِ يُخَيَّرُ فِيهَا الشَّاهِدُ بَيْنَ السَّتْرِ وَالإِظْهَارِ ، وَالسَّتْرُ أَفْضَلُ ،

كتاب الشهادات

لا تخفى مناسبة الشهادة للدعوى وتأخيرها عنها .

(الشهادة) لغة : خبر قاطع ، وشرعا : أخبار صدق لإثبات حق ، كما فى الفتح . وشرطها : العقل الكامل ، والضبط ، والولاية . وركنها : لفظ «أشهد» وحكمها : وجوب الحكم على القاضى بموجبها إذا استوفتْ شرائطها . وأداؤها (فرض) على مَنْ علمها ، بحيث (يلزم الشهود أداؤها ، ولا يسعهم كتمانها) ، لقوله تعالى : « ولا يَأْبَ الشهداء إذا مادُعُوا » ، وقوله تعالى : « ولا تكتموا الشهادة ، ومن يكتمها فإنه آثم قلبه » وهذا (إذا طالبهم المدعى) بها لأنها حقه ، فتتوقف على طلبه كسائر الحقوق ، إلا إذا لم يعلم بها ذو الحق وخاف فوته لزمه أن يشهد بلا طلب كما فى الفتح ، و يجب الأداء بلا طلب لو الشهادة فى حقوق الله تعالى ، وهى كثيرة عَدَّ منها فى الأشباه أربعة عشر ، قال : ومتى أخر شاهد الحسبة شهادته بلا عذر فسق فترد شهادته ، اهـ . وهذا كله فى غير الحدود (و) أما (الشهادة فى الحدود) فإنه (يخير فيها الشاهد بين الستر والإظهار) ، لأنه بين حِسْبتَين : إقامة الحد ، والتوقى عن الهتك (و) لكن (الستر أفضل) لقوله صلى الله عليه وسلم للذى شهد عنده : « لو سترته بثوبك لكان خيراً لك »

إلاَّ أنَّهُ يَجِبُ أنْ يَشْهَدَ بِالْمَالِ فى السَّرِقةِ فَيَقُول « أخَذَ » وَلاَ يَقول « سَرَقَ » .

وَالشَّهَادَةُ عَلَى مَرَاتِبَ : مِنْهَا الشَّهَادَةُ فى الزِّنَا ، يُعْتَبَرُ فِيهَا أرْبَعَة مِنَ الرِّجَالِ ، وَلاَ تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاء ، وَمِنْهَا الشَّهَادَةُ بِبَقِيَّةِ الْحُدُود وَالْقِصَاص ، تُقْبَلُ فيها شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ ، وَلا تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاء .

وقال عليه الصلاة والسلام : « من ستر على مسلم ستر الله تعالى عليه فى الدنيا والآخرة » ، وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضى الله عنهم دلالة ظاهرة على أفضلية الستر ، هداية (إلا أنه يجب) عليه (أن يشهد بالمال فى السرقة ، فيقول : أخذ) المال ، إحياء لحق المسروق منه (ولا يقول : سرق) صونا ليد السارق عن القطع ، فيكون جمعاً بين الستر والإظهار .

(والشهادة على) أربع (مراتب) :

الأولى : (منها الشهادة فى الزنا ، يعتبر فيها أربعة من الرجال) ، لقوله تعالى : « واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم » ، وقوله تعالى : « ثم لم يأتوا بأربعة شهداء » (ولا تقبل فيها شهادة النساء) ؛ لحديث الزهرى : مضت السنة من لدن رسول الله صلى عليه وسلم والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء فى الحدود والقصاص ، هداية .

(و) الثانية : (منها الشهادة ببقية الحدود والقصاص ، تقبل فيها شهادة رجلين) لقوله تعالى : « فاستشهدوا شهيدين من رجالكم » (ولا تقبل فيها) أيضا (شهادة النساء) ، لما مر .

وَمَاسِوَى ذَلِكَ مِنَ الْحُقوقِ تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، سَوَاءٌ كَانَ الْحَقُّ مالا أَوْ غَيْرَ مالٍ مِثْلُ النِّكَاحِ وَالطَّلاقِ وَالْوَكالةِ وَالْوَصِيَّةِ .

وَتُقْبَلُ فِي الْوِلاَدَةِ وَالْبكارة وَالْعُيُوب بالنِّسَاء فِي مَوْضِعٍ لا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ الرِّجالُ شَهَادَةُ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ .

(و) الثالثة منها : (ماسوى ذلك) المذكور (من) بقية (الحقوق ، تقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، سواء كان الحق) المشهود به (مالا أوغير مال) وذلك (مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية) ؛ لأن الأصل فيها القبول ؛ لوجود ماينبنى عليه أهلية الشهادة — وهوالمشاهدة والضبط والأداء — إذبالأول يحصل العلم للشاهد، وبالثانى يبقى، وبالثالث يحصل العلم للقاضى؛ ولهذا يقبل إخبارها فى الأخبار ، ونقصان الضبط بزيادة النِّسيان انجبر بضم الأخرى إليها، فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة ؛ فلهذا لا تقبل فيما يندرىء بالشبهات ، وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات ، وعدم قبول الأربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن ، هداية

(و) الرابعة : الشهادة على مالايطلع عليه الرجال ، كما عبر عنه بقوله : (وتقبل فى الولادة والبكارة والعيوب) التى (بالنساء) إذا كانت (فى موضع لايطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم « شهادة النساء جائزة فيما لايستطيع الرجال النظر إليه » والجمع المحلى بالألف واللام يراد به الجنس فيتناول الأقل ، ولأنه إنما سقطت الذكورة ليخف النظر ؛ لأن نظر الجنس أخف ، فكذا يسقط اعتبار العدد ، إلاأن المثنى والثلاث أحوط ؛ لما فيه من معنى الإلزام كما فى الهداية ، ثم قال : وأماشهادتهن على استهلال الصبى لاتقبل عند أبى حنيفة فى حق الإرث ؛ لأنه مما يطلع عليه الرجال ، إلا فى حق الصلاة ؛ لأنه من أمور الدين ، وعنده تقبل فى حق الإرث أيضا ؛ لأنه صوت عند الولادة ، ولا يحضرها الرجال عادة ، فصار كشهادتهن على نفس الولادة ، اهـ . ورجحه فى الفتح .

وَلَابُدَّ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ مِنَ الْعَدَالَةِ وَلَفْظِ الشَّهَادَةِ ، فَإِنْ لَمْ يَذْكُرِ الشَّاهِدُ لَفْظَ الشَّهَادَةِ وَقَالَ أَعْلَمُ أَوْ أَتَيَقَّنُ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ .

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَقْتَصِرُ الْحَاكِمُ عَلَى ظَاهِرِ عَدَالَةِ الْمُسْلِمِ ، إِلَّا فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ ، فَإِنَّهُ يَسْأَلُ عَنِ الشُّهُودِ ، وَإِنْ طَعَنَ الْخَصْمُ فِيهِمْ

(ولا بد فى ذلك كله من العدلة) ، لقوله تعالى : « فأشهدوا ذَوَيْ عدل منكم » ولقوله تعالى : « ممن ترضون من الشهداء » ولأن العدالة هى المعينة للصدق ، لأن من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه ، وعن أبى يوسف أن الفاسق إذا كان وجيهاً فى الناس ذا مروءة تقبل شهادته؛ لأنه لا يستأجر لوجاهته، ويمتنع عن الكذب بمروءته، والأول أصح إلا أن القاضى لو قضى بشهادة الفاسق يصح، والمسألة معروفة، هداية (ولفظ الشهادة) لأن النصوص نطقت باشتراطها ؛ إذ الأمر فيها بهذه اللفظة ، ولأن فيها زيادة تأكيد فإن قوله «أشهد» من ألفاظ اليمين ، فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ أشد (فإن لم يذكر الشاهد لفظ الشهادة ، وقال) عوضاً عنها (أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته) ؛ لما قلنا، قال فى الهداية : وقوله «فى ذلك كله» إشارة إلى جميع ما تقدم ، حتى تشترط العدالة ولفظ الشهادة فى شهادة النساء فى الولادة وغيرها، هو الصحيح ؛ لأنه شهادة ، لما فيه من معنى الإلزام ، حتى اختص بمجلس القضاء ، ويشترط فيه الحرية والإسلام ، اهـ (وقال أبو حنيفة : يقتصر الحاكم على ظاهر عدالة) الشاهد (المسلم) ولا يسأل عنه ، إلا إذا طعن فيه الخصم ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « المسلمون عُدُولٌ بعضهم على بعض، إلا محدوداً فى قذف» ولأن الظاهر الانزجار عما هو محرم فى دينه ، وبالظاهر كفاية ، إذ لا وصول إلى القطع ، هداية (إلا فى الحدود والقصاص فإنه يسأل) فيها (عن الشهود) وإن لم يطعن الخصم؛ لأنه يحتال لإسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ، لأن الشبهة فيها دارئة (وإن طعن الخصم فيهم) أى الشهود

سَأَلَ عَنْهُمْ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : لا بُدَّ أَنْ يَسْأَلَ عَنْهُمْ فِي السِّرِّ وَالْعَلَانِيَةِ

وَمَا يَتَحَمَّلُهُ الشَّاهِدُ عَلَى ضَرْبَيْنِ :

أَحَدُهُمَا : مَا يَثْبُتُ حُكْمُهُ بِنَفْسِهِ ، مِثْلُ الْبَيْعِ وَالْإِقْرَارِ وَالْغَصْبِ وَالْقَتْلِ ، وَحُكْمِ الْحَاكِمِ ، فَإِذَا سَمِعَ ذَلِكَ الشَّاهِدُ أَوْ رَآهُ

(سأل) القاضى (عنهم) ، لأنه تقابَلَ الظاهران ، فيسأل طلباً للترجيح ، وهذا حيث لم يعلم القاضى حالهم ، أما إذا علمهم بجرح أوعدالة فلايسأل عنهم ، وتمامه فى الملتقى (وقال أبو يوسف ومحمد : لا بد) للقاضى من (أن يسأل عنهم فى السر والعلانية) فى سائر الحقوق ، طعن الخصم فيهم أولا ، لأن الحكم إنما يجب بشهادة العدل، فوجب البحث عن العدالة ، قال فى الهداية : وقيل : هذا اختلاف عصر وزمان، والفتوى على قولهما فى هذا الزمان ، ومثله فى الجواهر وشرح الإسبيجابى وشرح الزاهدى والينابيع ، وقال الصدر الشهيد فى الكبرى : والفتوى اليوم على قولهما ، ومثله فى شرح المنظومة للسديدى والحقائق وقاضيخان ومختار النوازل والاختيار والبرهانى وصدر الشريعة ، وتمامه فى التصحيح ، وفى الهداية : ثم قيل : لا بد أن يقول المعدل « هو عدل جائز الشهادة » ، لأن العبد قد يعدَّلُ ، وقيل : يكتفى بقوله « هو عدل » ، لأن الحرية ثابتة بأصل الدار ، وهذا أصح .

(وما يتحمله الشاهد على ضربين) :

(أحدهما : مايثبت حكمه بنفسه) وذلك (مثل البيع والإقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم) ونحو ذلك مما يسمع أو يرى (فإذا سمع ذلك الشاهد) وهو مما يعرف بالسماع، مثل البيع والإقرار (أو رآه) فعلَه ، وهو مما يعرف بالرؤية ، كالغصب والقتل

وَسِعَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُشْهَدْ عَلَيْهِ ، وَيَقُولَ : أَشْهَدُ أَنَّهُ بَاعَ ، وَلَا يَقُولَ : أَشْهَدَنِي .

وَمِنْهُ مَالَا يَثْبُتُ حُكْمُهُ بِنَفْسِهِ ، مِثْلُ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ ، فَإِنْ سَمِعَ شَاهِدًا يَشْهَدُ بِشَيْءٍ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ إِلَّا أَنْ يُشْهِدَهُ ، وَكَذَلِكَ لَوْ سَمِعَهُ يُشْهِدُ الشَّاهِدَ عَلَى شَهَادَتِهِ لَمْ يَسَعِ السَّامِعَ أَنْ يَشْهَدَ .

وَلَا يَحِلُّ لِلشَّاهِدِ إِذَا رَأَى خَطَّهُ أَنْ يَشْهَدَ إِلَّا أَنْ يَذْكُرَ الشَّهَادَةَ .

(وسعه أن يشهد به ، و إن لم يشهد عليه) أى يتحمل تلك الشهادة. لأنه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن فى الأداء (ويقول : أشهد أنه باع ، ولا يقول: أشهدنى) ؛ لأنه كذب ، قال فى الهداية : ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له أن يشهد ، ولو فسر للقاضى لا يقبله ؛ لأن النغمة تشبه النغمة ، إلا إذا كان دخل البيت وعلم أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع إقرار الداخل ولا يراه ، لأنه حصل العلم فى هذه الصورة ، اه.

(و) الثانى (منه مالا يثبت حكمه بنفسه) وذلك (مثل الشهادة على الشهادة) لأنها غير موجبة بنفسها ، و إنما تصير موجبة بالنقل إلى مجلس القضاء ، والنقل لابد له من تحمل ؛ ليصير الفرع كالوكيل (فإذا سمع شاهداً يشهد بشىء لم يجز أن يشهد على شهادته) لعدم الإنابة (إلا أن يشهده) على شهادته ويأمره بأدائها ليكون نائباً عنه (وكذلك لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته) ويأمره بأدائها (لم يسع السامع) له (أن يشهد) ، لأنه لم يحمِّله ، و إنما حمل غيره .

(ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد إلا أن يذكر الشهادة) ، لأن الخط يشبه الخط ، فلم يحصل العلم ، وهذا قول الإمام ، وعليه مشى الأئمة الملتزمون للتصحيح ، اه ، وفى الدر : وجوز له لو فى حوزه ، و به نأخذ . بحر عن الملتقى. اه

ولاَ تُقبَلُ شَهَادَةُ الأعْمَى ، ولاالْمَمْلُوكِ ، ولاالْمحْدُودِ فى قَذْف وَ إنْ تابَ ،
ولا شَهَادَةُ الوَالِدِ لِوَلَدِهِ وولَدِ وَلَدِهِ ، ولا شَهَادَةُ الوَلَدِ لأبَوَيْهِ وَأجْدَادِهِ .
ولا تُقبَلُ شهَادَةُ أحَدِ الزوْجَيْنِ لِلآخَر .

(ولا تقبل شهادة الأعمى) ؛ لأن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه ، ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة ، والنغمة تشبه النغمة ، ولو عمى بعد الأداء يمتنع القضاء عند أبى حنيفة ومحمد ؛ لأن قيام الأهلية شرط وقت القضاء ، لصيرورتها حجة عنده ، وصار كما إذا خرس أو جُنّ أو فسق ، بخلاف ما إذا مات أو غاب ؛ لأن الأهلية بالموت انتهت وبالغيبة ما بطلت كما فى الهداية (ولا المملوك) لمالكه وغيره ؛ لأن الشهادة من باب الولاية ، وهو لا يلى نفسه ، فأولى أن لا تثبت له الولاية على غيره (ولا المحدود فى قذف وإن تاب) ؛ لأن رَدَّ شهادته من تمام حده بالنص ، والاستثناء منصرف لما يليه ، وهو : « وأولئك هم الفاسقون » .
قال فى الهداية : ولو حد الكافر فى قذف ثم أسلم تقبل شهادته ، لأن للكافر شهادة ، فكان ردها من تمام الحد ، وبالإسلام حدثت له شهادة أخرى ، بخلاف العبد إذا حد ثم أعتق ، لأنه لا شهادة للعبد أصلا ، فتمام حده برد شهادته بعد العتق ، اهـ.

(ولا شهادة الوالد) وإن علا (لولده وولد ولده) وإن سفل (ولا شهادة لولد) وإن سفل (لأبويه وأجداده) وأن علوا ؛ لأن المنافع بين الآباء والأولاد متصلة ولهذا لا يجوز أداء الزكاة إليهم ، فتكون شهادة لنفسه من وجه ، ولتمكن التهمة.

(ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر) ؛ لأن الانتفاع متصل عادة ، وهو

وَلاَ شَهَادَةُ المَوْلَى لِعَبْدِهِ ولا لِمُكَاتَبِهِ ، وَلا شَهَادَةُ الشَّرِيكِ لِشَرِيكِهِ فِيمَا هُوَ مِنْ شَرِكَتِهِمَا .

وتُقبَلُ شَهادَةُ الرَّجُلِ لأخِيهِ وَعَمِّهِ .

وَلاَ تُقْبَلُ شَهادَةُ مُخَنَّثٍ ، وَلاَ نَائِحَة ، وَلا مُغَنِّيَةٍ ، وَلا مُدْمِنِ الشُّرْبِ عَلَى اللَّهْوِ ، وَلا مَنْ يَلْعَبُ بالطُّيُور

المقصود ، فيصير شاهداً لنفسه من وجه ، ولوجود التهمة (ولا شهادة المولى لعبده) لأنه شهادة لنفسه من كل وجه إذا لم يكن على العبد دين ، أو من وجه إذا كان عليه دين ، لأن الحال موقوف مراعى ، هداية (ولا لمكاتبه) لما قلنا (ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) ، لأنها شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ، ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة .

(وتقبل شهادة الرجل لأخيه وعمه) ، لانعدام التهمة ، فإن الأملاك ومنافعها متباينة ، ولا بُسُوطَةَ لبعضهم فى مال بعض

(ولا تقبل شهادة مخنث) بالفتح — من يفعل الردىء ويؤتى كالنساء ، لأنه فاسق ، فأما الذى فى كلامه لين وفى أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة كما فى الهداية ، (ولا) شهادة (نائحة) فى مصيبة غيرها بأجر ، درر وفتح (ولا مغنية) ولو لنفسها لحرمة رفع صوتها ، خصوصاً مع الغناء (ولا مدمن الشرب) لغير الخمر من الأشربة (على اللهو) لحرمة ذلك . قيد بالإدمان ليكون ذلك ظاهراً منه ، لأنه لا يخرج عن العدالة إلا إذا كان يظهر منه ذلك ، وقيد باللهو لأنه لو شرب للتداوى لا تسقط عدالته لشبهة الاختلاف كما فى صدر الشريعة ، وقيدنا بغير الخمر لأن شرب الخمر يسقط العدالة ولو قطرة ولو بغير لهو (ولا) شهادة (من يلعب بالطيور) ، لأنه يورث غفلة ، ولأنه

وَلا مَنْ يُغَنِّي لِلنَّاسِ ، ولاَ مَنْ يَأْتِي بَاباً مِنْ الْـكَبَائِرِ الَّتِي يَتَعَلَّقُ بِهَا الْحَدُّ ، ولاَ مَنْ يَدْخُلُ الْحَمَّامَ بِغَيْرِ إِزَارٍ ؛ أَوْ يَأْكُلُ الرِّبا ، ولاَ الْمُقَامِرِ بِالنَّرْدِ والشِّطْرَنْجِ ، وَلاَ مَنْ يَفْعَلُ الأَفْعَالَ الْمُسْتَخَفَّةَ كَالبَوْلِ عَلَى الطَّرِيقِ ، وَالأَكْلِ عَلَى الطَّرِيقِ

قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه ليطير طيره ، وفى بعض النسخ « ولا من يلعب بالطنبور » وهو المغنى ، هداية . (ولا من يغنى للناس) ؛ لأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة ، هداية . وأما من يغنى لنفسه لدفع وحشة فلا بأس به عند العامة ، عناية ، وصححه العينى وغيره (ولا من يأتى باباً من الكبائر التى يتعلق بها الحد) كالزنا والسرقة ونحوهما ؛ لأنه يفسق (ولا من يدخل الحمام بغير إزار) ؛ لأن كشف العورة حرام إذا رآه غيره (و) لا (من يأكل الربا) قال فى الهداية : وشرط فى الأصل أن يكون مشهوراً به ؛ لأن الإنسان قلما ينجو من مباشرة العقود الفاسدة ، وكل ذلك رباً . (و) لا (المقامر بالنرد) ويقال : النردشير ، ويعرف الآن بالزهر (والشطرنج) ؛ لأن كل ذلك من الكبائر . قال فى صدر الشريعة : قيد المقامرة بالنرد وقع اتفاقاً ، وفى الذخيرة : من يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة على كل حال ، اه . وفى القهستانى : لاعب النرد بلا قمار لم تقبل شهادته بلا خلاف ، بخلاف لاعب الشطرنج ؛ فإنه يقبل إلا إذا وجد واحد من ثلاثة : أى المقامرة ، وفوت الصلاة ، وإكثار الحلف عليه بالكذب ، اه ؛ وزاد فى الأشباه : أن يلعب به على الطريق ؛ أو يذكر عليه فسقا .

(ولا) تقبل أيضاً شهادة (من يفعل الأفعال المستخفة) مما يخل بالمروءة (كالبول على الطريق ، والأكل على الطريق) ؛ لأنه تارك المروءة ، وإذا كان

وَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ مَنْ يُظْهِرُ سَبَّ السَّلَفِ ، وتُقْبَلُ شَهَادَةُ أَهْلِ الْأَهْوَاءِ إِلاَّ الْخَطَّابِيَّةَ ، وتُقْبَلُ شَهَادَةُ أَهْلِ الذِّمَّةِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ وَإِنِ اخْتَلَفَتْ مِلَلُهُمْ ، وَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْحَرْبِيِّ عَلَى الذِّمِّيِّ .

لا يستحى عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم ، هداية . قال فى الفتح : ومنه كشف عورته ليستنجى من جانب البركة والناس حضور ؛ وقد كثر فى زماننا ، اه .

(ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف) ؛ لظهور فسقه ، بخلاف من يخفيه ، لأنه فاسق مستور ، عينى . قال فى المنح : وإنما قيدنا بالسلف تبعاً لكلامهم . وإلا فالأولى أن يقال سب مسلم لسقوط العدالة بسب المسلم وإن لم يكن من السلف ، كما فى السراج والنهاية ، اه .

(وتقبل شهادة أهل الأهواء) : أى أصحاب بدع لا تكفر كجبر وقدر ورفض وخروج وتشبيه وتعطيل ، وكل فرقة من هذه الفرق الستة اثنتا عشرة فرقة (إلا الخطابية) فرقة من الروافض يرون الشهادة لشيعتهم ولكل من حلف أنه محق . فردهم لا لبدعتهم بل لتهمة الكذب ، ولم يبق لمذهبهم ذكر ، بحر (وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض) إذا كانوا عدولا فى دينهم ، جوهرة ؛ لأنهم من أهل الولاية على أنفسهم وأولادهم الصغار ، فيكونون من أهل الشهادة على جنسهم (وإن اختلفت مللهم) كاليهود والنصارى ، قال فى الهداية : لأن ملل الكفر وإن اختلفت فلا قهر ، فلا يحملهم الغيظ على التقول ، اه . (ولا تقبل شهادة الحربى) المستأمن (على الذمى) ؛ لأنه لا ولاية له عليه ، لأن الذمى من أهل ديارنا ، وهو أعلى حالا منه ، وتقبل شهادة الذمى عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمى؛ وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض إذا كانوا أهل دار واحدة ، وتمامه فى الهداية .

وَإِنْ كَانَتِ الْحَسَنَاتُ أَغْلَبَ مِنَ السَّيِّئَاتِ وَالرَّجُلُ مِمَّنْ يَجْتَنِبُ الْكَبَائِرَ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ وَإِنْ أَلَمَّ بِمَعْصِيَةٍ .

وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْأَقْلَفِ ، وَالْخَصِيِّ ، وَوَلَدِ الزِّنَا ، وَشَهَادَةُ الْخُنْثَى جَائِزَةٌ .

وَإِذَا وَافَقَتِ الشَّهَادَةُ الدَّعْوَى قُبِلَتْ ، وَإِنْ خَالَفَتْهَا لَمْ تُقْبَلْ ،

(وإن كانت الحسنات أغلب من السيئات) يعني الصغائر ، جوهرة (والرجل ممن يجتنب الكبائر) ويتباعد عنها (قبلت شهادته) قال في الجوهرة : هذا هو العدالة المعتبرة؛ إذ لا بد من توقي الكبائر كلها ، وبعد توقيها يعتبر الغالب : فمن كثرت معاصيه أثر ذلك في شهادته . ومَنْ ندرت منه المعصية قبلت شهادته ؛ لأن في اعتبار اجتنابه الكل سد باب الشهادة ، وهو مفتوح إحياء للحقوق . اهـ . وفي الهداية والمجتبى ومختارات النوازل : هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة (وإن ألم بمعصية) ؛ لأن كل واحد من سوى الأنبياء عليهم الصلاة والسلام لا يخلو من ارتكاب خطيئة ، فلو وقفت الشهادة على من لا ذنب له أصلا لتعذر وجوده أصلا ، فاعتبر الأغلب ، وحاصله : أن من ارتكب كبيرة أو أصرَّ على صغيرة سقطت عدالته ، كما في الجوهرة .

(وتقبل شهادة الأقلف) ؛ لأنه لا يخل بالعدالة : إلا إذا تركه استخفافاً بالدين ؛ لأنه لم يبق بهذا الصنيع عدلا ، هداية (والخصيِّ) ؛ لأنه قطع عضو منه ظلماً ، فصار كما إذا قطعت يده (وولد الزنا) إذا كان عدلا ؛ لأن فسق الأبوين لا يوجب فسق الولد ، (وشهادة الخنثى جائزة) ؛ لأنه رجل أو امرأة ، وشهادة الجنسين مقبولة ، إلا أنه كأنثى .

(وإذا وافقت الشهادة الدعوى) لفظاً ومعنى ، أو معنى فقط (قبلت) تلك الشهادة (وإن خالفتها) : أي خالفت الشهادة الدعوى لفظاً ومعنى (لم تقبل) تلك الشهادة؛ لأن تقدُّمَ الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة، وقد وجدت فيما يوافقها

وَيُعْتَبَرُ اتِّفَاقُ الشَّاهِدَيْنِ فِى اللَّفْظِ وَالْمَعْنَى عِنْدَ أَبِى حَنِيفَةَ ، فإنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِأَلْفٍ وَالْآخَرُ بِأَلْفَيْنِ لَمْ تُقْبَلِ الشَّهَادَةُ ، وإنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِأَلْفٍ وَالْآخَرُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ والْمُدَّعِى يَدَّعِى أَلْفاً وَخَمْسِمِائَةٍ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا بِأَلْفٍ . وَإِذَا شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِأَلْفٍ وَقَالَ : قَضَاهُ مِنْهَا

وانعدمت فيما يخالفها ، هداية (ويعتبر) : أى يشترط (اتفاق الشاهدين فى اللفظ والمعنى) جميعاً ، بطريق الوضع لا التضمن (عند أبى حنيفة) وعندهما يكتفى بالموافقة المعنوية (فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين) والمدعى يدعى الألفين (لم تقبل الشهادة) عنده ، لاختلافهما لفظاً ، وذلك يدل على اختلاف المعنى، لأنه يستفاد باللفظ وذلك لأن الألف لا يعبر به عن الألفين ، بل هما جملتان متباينتان ، فصار كما إذا اختلف جنس المال ، وعندهما تقبل على الألف لأنهما اتفقا على الأصل ، وتفرد أحدهما بالزيادة، فيثبت ما اجتمعا عليه فصار كالألف والألف والخمسمائة، وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان، قال الإسبيجابى : والصحيح قول أبى حنيفة ، وعليه مشى الأئمة المصححون، تصحيح . قيدنا بدعوى الألفين ، لأنه إذا ادعى المدعى الألف لا تقبل الشهادة بالإجماع (وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعى يدعى ألفاً وخمسمائة قبلت شهادتهما بألف) اتفاقاً ، لاتفاق الشاهدين عليها لفظاً ومعنى ، لأن الألف والخمسمائة جملتان عطفت إحداهما على الأخرى ، والعطف يقرر الأول ، ونظيره الطلقة والطلقة والنصف ، والمائة والمائة والخمسون ، بخلاف الخمسة والخمسة عشر ، لأنه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الألف والألفين ، هداية .

(وإذا شهد أحدهما بألف وقال) فى شهادته : لكنه قد (قضاه منها

خَمْسِمِائَةٍ » قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ بِأَلْفٍ ، وَلَمْ يُسْمَعْ قَوْلُهُ إِنَّهُ قَضَاهُ إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ مَعَهُ آخَرُ ، وَيَنْبَغِي لِلشَّاهِدِ إِذَا عَلِمَ ذَلِكَ أَنْ لَا يَشْهَدَ بِأَلْفٍ حَتَّى يُقِرَّ الْمُدَّعِي أَنَّهُ قَبَضَ خَمْسِمِائَةٍ .

وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّ زَيْدًا قُتِلَ يَوْمَ النَّحْرِ بِمَكَّةَ وَشَهِدَ آخَرَانِ أَنَّهُ قُتِلَ يَوْمَ النَّحْرِ بِالْكُوفَةِ وَاجْتَمَعُوا عِنْدَ الْحَاكِمِ لَمْ يَقْبَلِ الشَّهَادَتَيْنِ ، فَإِنْ سَبَقَتْ إِحْدَاهُمَا فَقَضَى بِهَا ثُمَّ حَضَرَتِ الْأُخْرَى لَمْ تُقْبَلْ ، وَلَا يَسْمَعُ الْقَاضِي الشَّهَادَةَ عَلَى جَرْحٍ

خمسمائة قبلت شهادته بألف) لاتفاقهما عليه (ولم يسمع قوله إنه قضاه) ؛ لأنها شهادة فرد (إلا أن يشهد معه آخر) ليتم نصاب الشهادة (و ينبغى للشاهد إذا علم ذلك) أى علم قضاء المديون وخشى إنكار المدعى لما قبضه (أن لا يشهد) له (بألف حتى يقر المدعى أنه قبض خمسمائة) كيلا يصير مُعيناً على الظلم .

(و إذا شهد شاهدان أن زيدا قتل يوم النحر) من هذا العام مثلا (بمكة ، وشهد) شاهدان (آخران أنه قتل يوم النحر) من هذا العام (بالكوفة واجتمعوا) : أى الشهود كلهم (عند الحاكم لم يقبل) الحاكم (الشهادتين) للتيقن بكذب إحداهما ، وليست إحداهما بأولى من الأخرى .

(فإن سبقت إحداهما وقضى بها ثم حضرت الأخرى لم تقبل) الثانية ؛ لأن الأولى قد ترجحت باتصال القضاء بها ؛ فلا تنتقض بالثانية .

(ولا يسمع القاضى الشهادة على جرح) الشهود ، بأن ادعى المدعى عليه أن

وَلاَ يَحْكُمُ بِذَلِكَ .

وَلاَ يَجُوزُ لِلشَّاهِدِ أَنْ يَشْهَدَ بِشَيْءٍ لَمْ يُعَايِنْهُ ، إِلَّا النَّسَبَ وَالْمَوْتَ وَالنِّكَاحَ وَالدُّخُولَ وَوِلاَيَةَ الْقَاضِي ، فَإِنَّهُ يَسَعُهُ أَنْ يَشْهَدَ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ إِذَا أَخْبَرَهُ بِهَا مَنْ يَثِقُ بِهِ .

شهود المدعى فَسَقَة أو مستأجرون وأقام بينة على ذلك ، فإن القاضى لا يلتفت إليها (ولا يحكم بذلك) ولكن يسأل عنهم سراً وعلانية ، فإن ثبتت عدالتهم قبلت شهادتهم ، وإلا لا .

(ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه) ؛ لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة ، وذلك بالعلم ، ولم يحصل (إلاالنسب ، والموت ، والنكاح، والدخول ، وولاية القاضى ؛ فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به) استحساناً ؛ لأن هذه الأمور يختص بمعاينة أسبابها الخواص من الناس ، ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون والأعوام ، فلولم يقبل فيها الشهادة بالتسامع لأدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام . قال فى الهداية : وإنما يجوز للشاهد أن يشهد بالاشتهار ، وذلك بالتواتر أو إخبار من يثق به ، كما قال فى الكتاب . ويشترط أن يخبره رجلان عدلان ، أو رجل وامرأتان ، ليحصل له نوع من العلم ، وقيل فى الموت : يكتفى بإخبار واحد أو واحدة ، لأنه قل ما يشاهد حاله غير الواحد . ثم قال : وينبغى أن يطلق أداء الشهادة ، أما إذا فسر للقاضى أنه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته ، كما أن معاينة اليد فى الأملاك تطلق فيه الشهادة ثم إذا فسر لا تقبل كذا هذا ، ثم قَصْرُ الاستثناء فى الكتاب على هذه الأشياء ينفى اعتبار التسامع فى الولاء والوقف ، وعن أبى يوسف آخرا أنه يجوز فى الولاء ، لأنه بمنزلة النسب ،

وَالشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهادَةِ جَائِزَةٌ فِي كُلِّ حَقٍّ لاَيَسْقُطُ بِالشُّبْهَةِ، وَلا تُقْبَلُ فى الْحدودِ وَالْقِصاصِ .

وَتَجُوزُ شَهادَةُ شَاهِدَيْنِ عَلَى شَهادةِ شَاهِدَيْنِ ، وَلا تُقْبَلُ شهادَةُ وَاحِدٍ عَلَى شَهادَةِ وَاحِدٍ

وَصِفَةُ الْإِشْهَادِ أنْ يقُولَ شَاهِدُ الأَصْلِ لِشَاهِدِ الْفَرْعِ : اشْهَدْ عَلَى شَهَادَتى أَنِّى أَشْهَدُ أَنَّ

وعن محمد يجوزفى الوقف ؛ لأنه يبقى على مرالأعصار ، إلاأنانقول : الولاء يبتنى على زوال الملك ، ولا بد فيه من المعاينة ، فـكذا فيما يبتنى عليه ، وأماالوقف فالصحيح أنه تقبل الشهادة بالتسامع فى أصله دون شرائطه ؛ لأن أصله هوالذى يشتهر ، اه .

(والشهادة على الشهادة جائزة فى كل حق لا يسقط بالشبهة) قال فى الهداية : وهذا استحسان ؛ لشدة الحاجة إليها ؛ إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض ، فلو لم تجز الشهادة على شهادته أدى إلى توَاء الحقوق ، ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة و إن كثرت ، إلا أن فيها شبهة من حيث البدلِيَّة ، أو من حيث إن فيها زيادة احتمال ، وقد أمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود (و) لذا (لا تقبل فى الحدود والقصاص) لأنها تسقط بالشبهة .

(وتجوز شهادة شاهدين) أو رجل وامرأتين (على شهادة شاهدين) ؛ لأن نقل الشهادة من جملة الحقوق ، وقد شهدا بحق ، ثم بحق آخر ، فتقبل ؛ لأن شهادة الشهادتين على حقين جائزة (ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد) ؛ لأن شهادة الفرد لا تثبت الحق .

(وصفة الإشهاد أن يقول شاهد الأصل) مخاطبا (لشاهد الفرع : اشهد على شهادتى) لأن الفرع كالنائب عنه ، فلابدمن التحميل والتوكيل كامر (أنى أشهدأن

فُلَانَ ابْنَ فُلَانٍ أَقَرَّ عِنْدِى بِـكَذَا وأشْهَدَنِى عَلَى نَفْسِهِ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ أَشْهَدَنِى عَلَى نَفْسِهِ جَازَ ، وَيَقُولَ شَاهِدُ الْفَرْعِ عِنْدَ الْأَدَاء : أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانَ ابْنَ فُلَانٍ أشْهَدَنِى عَلَى شَهَادَتِهِ أَنَّهُ يَشْهَدُ أَنْ فُلَانًا أَقَرَّ عِنْدَهُ بِـكَذَا وَقَالَ لِيَ : أُشْهَدْ عَلَى شَهَادَتِى بِذَلِكَ

وَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ شُهُودِ الْفَرْعِ إِلاّ أَنْ يَمُوتَ شُهُودُ الْأَصْلِ أَوْ يَغِيبُوا مَسِيرَةَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَصاعداً

فلان ابن فلان) الفلانى (أقر عندى بكذا وأشهدنى) به (على نفسه) ؛ لأنه لابد أن يشهد شاهد الأصل عند الفرع كما يشهد عند القاضى لينقله إلى مجلس القضاء (وإن لم يقل أشهدنى على نفسه جاز) ، لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة و إن لم يقل له اشهد (ويقول شاهد الفرع) عند الأداء لما تحمله : (أشهد أن فلاناً أشهدنى على شهادته أنه يشهد أن فلاناً أقر عنده بكذا ، وقال لى : اشهد على شهادتى بذلك) ، لأن لابد من شهادته ، وذكر شهادة الأصل ، وذكر التحميل ، ولها لفظ أطول من هذا وأقصر منه ، وخير الأمور أوسطها ، هداية .

قال فى الدر : والأقصر أن يقول الأصل : اشهد على شهادتى بكذا ، ويقول الفرع : أشهد على شهادته بكذا ، وعليه فتوى السرخسى وغيره ، ابن كمال ، وهو الأصح كما فى القهستانى عن الزاهدى ، اه .

(ولا تقبل شهادة شهود الفرع إلا أن) يتعذر حضور شهود الأصل ، وذلك بأن (يموت شهود الأصل) عند الأداء (أو يغيبوا مسيرة) سفر (ثلاثة أيام فصاعداً) قال فى الدر : واكتفى الثانى بغيبته بحيث يتعذر أن يبيت بأهله ، واستحسنه غير واحد ، وفى القهستانى والسراجية : وعليه الفتوى، وأقره المصنف ، اه.

أَوْ يَمْرَضُوا مَرَضًا لَا يَسْتَطِيعُونَ مَعَهُ حُضُورَ مَجْلِسِ الْحَاكِمِ ، وَإِنْ عَدَّلَ شُهُودَ الْأَصْلِ شُهُودُ الْفَرْعِ جَازَ ، وَإِنْ سَكَتُوا عَنْ تَعْدِيلِهِمْ جَازَ ، وَيَنْظُرُ الْقَاضِي فِي حَالِهِمْ ، وَإِنْ أَنْكَرَ شُهُودُ الْأَصْلِ الشَّهَادَةَ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَةُ شُهُودِ الْفَرْعِ .

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي شَاهِدِ الزُّورِ : أُشَهِّرُهُ فِي السُّوقِ ،

(أو يمرضوا مرضاً) قوياً ، بحيث (لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم) ؛ لأن جوازها للحاجة ، وإنما تمس عند عجز الأصل ، وبهذه الأشياء يتحقق العجز .

(فإن عدل شهود الأصل) بالنصب على المفعولية (شهود الفرع) بالرفع فاعل « عدّل » (جاز) ؛ لأنهم من أهل التزكية ، وكذا إذا شهد شاهدان فعدّل أحدهما الآخر صح ، لما قلناه ، هداية .

(وإن سكتوا عن تعديلهم جاز) أيضا (وينظر القاضي في حالهم) أي حال الأصول ، كما إذا حضروا بأنفسهم وشهدوا ، قال في التصحيح : وهذا عند أبي يوسف ، وعليه مشى الأئمة المصححون ، وقال محمد : لا تقبل ، اهـ .

(وإن أنكر شهود الأصل الشهادة) بأن قالوا : مالنا شهادة على هذه الحادثة ، وماتوا أو غابوا ، ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم كما في الكافي ، وكذا لو أنكروا التحميل ، بأن قالوا : لم نُشهدهم على شهادتنا ، وماتوا أو غابوا كما في الزيلعي (لم تقبل شهادة شهود الفرع) ، لأن التحميل شرط ، وقد فات للتعارض بين الخبرين .

(وقال أبو حنيفة في شاهد الزور : أشهره في السوق) بأن يبعثه إلى سوقه إن كان سوقيا ، أو إلى قومه إن كان غيره سوقي ، بعد العصر أجمع ما كانوا ، ويقول المرسَلُ

وَلاَ أُعَزِّرُهُ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمد : نُوجِعُهُ ضَرْباً وَنَحْبِسُهُ .

كتاب الرجوع عن الشهادة

إِذَا رَجَعَ الشُّهُودُ عَنْ شَهَادَتِهِمْ قَبْلَ الْحُكْمِ بِهَا سَقَطَتْ ، وَإِنْ حُكِمَ بِشَهَادَتِهِمْ ثُمَّ رَجَعُوا لَمْ يُفْسَخِ

معه : إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذوره وحذروه الناس ، كما نقل عن القاضى شريح (ولا أعزره) بالضرب ؛ لأن المقصود الانزجار ، وهو يحصل بالتشهير ، بل ربما يكون أعظم عند الناس من الضرب ، فيكتفى به (وقال أبو يوسف ومحمد : نوجعه ضرباً ونحبسه) حتى يحدث توبة . قال فى التصحيح : وعلى قول أبى حنيفة مشى النسفى والبرهانى وصدر الشريعة ، اه . ثم شاهد الزور هو المقر على نفسه بذلك ؛ إذ لا طريق إلى إثباته بالبينة ، لأنه نفى للشهادة ، والبينات للاثبات ، وقيل : هو أن يشهد بقتل رجل ثم يجىء المشهود بقتله حيا حتى يثبت كذبه بيقين ، أما إذا قال : « أخطأت فى الشهادة » أو « غلطت » لا يعزر ، جوهرة .

كتاب الرجوع عن الشهادة

هو بمنزله الباب من كتاب الشهادات ؛ لأنه مندرج تحت أحكام الشهادات.

(إذا رجع الشهود عن شهادتهم) بأن قالوا : رجعنا عما شهدنا به ، ونحوه ، بخلاف الإنكار ؛ فإنه لا يكون رجوعاً ، وكان ذلك (قبل الحكم بها) أى بالشهادة (سقطت) شهادتهم ؛ لأن الحق إنما يثبت بالقضاء ، والقاضى لا يقضى بكلام متناقض ، ولا ضمان عليهما ؛ لأنهما ما أتلفا شيئاً : لا على المدعى ، ولا على المشهود عليه ، هداية . (وإن) كان (حكم بشهادتهم ثم رجعوا ، لم يفسخ

الْحُكْمُ ، وَوَجَبَ عَلَيْهِمْ ضَمَانُ مَا أَتْلَفُوهُ بِشَهَادَتِهِمْ ، وَلاَ يَصِحُّ الرُّجُوعُ إلاَّ بِحَضْرَةِ الْحَاكِمِ .

وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ بِمَالٍ فَحَكَمَ الْحَاكِمُ بِهِ ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا الْمَالَ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ، وَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا ضَمِنَ النِّصْفَ ، وَإِنْ شَهِدَ بِالْمَالِ ثَلاَثَةٌ فَرَجَعَ أَحَدُهُمْ فَلاَ ضَمَانَ عَلَيْهِ ،

الحكم) ؛ لأن آخر كلامهم يناقض أوله ، فلا ينقض الحكم بالمتناقض ، ولأنه فى الدلالة على الصدق مثل الأول ، وقد ترجّح الأول باتصال القضاء به (ووجب عليهم) أى الشهود (ضمان ماأتلفوه بشهادتهم) ؛ لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان ، لأن رجوعهم يتضمن دعوى بطلان القضاء ، ودعوى إتلاف المال على المشهود عليه بشهادتهم؛ فلا يصدقون فى حق القضاء ، ويصدقون بسبب الضمان.

(ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم) ولو غير الأول ؛ لأنه فسخ للشهادة، فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس ، وهو مجلس القاضى كما فى الهداية .

(وإذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا) عن الشهادة عند الحاكم (ضمنا المال) المشهود به (للمشهود عليه) ؛ لأن السبب على وجه التعدى سبب الضمان كحافر البئر، وقد تسببا للاتلاف تعديا مع تعذر تضمين المباشر — وهو القاضى — لأنه كالملجأ إلى القضاء (وإن رجع أحدهما ضمن النصف) والأصل : أن المعتبر فى هذا بقاء من بقى ، لارجوع من رجع ، وقد بقى من يبقى بشهادته نصف الحق .

(وإن شهد بالمال ثلاثة) من الرجال (فرجع أحدهم فلا ضمان عليه)

فإنْ رجعَ آخرُ ضَمِنَ الرَّاجِعَانِ نِصْفَ المالِ . وَ إنْ شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرأَتانِ فَرَجَعَتْ امْرأَةٌ ضَمِنَتْ رُبُعَ الحَقِّ، وَإنْ رَجَعَتَا ضَمِنَتَا نِصْفَ الحَقِّ ، وَ إنْ شَهِدَ رَجُلٌ وَعَشْرُ نِسْوَةٍ ثُمَّ رَجَعَ ثَمَانٌ مِنْهُنَّ فلاَ ضَمَانَ عَلَيْهِنَّ ، وَإنْ رَجَعَتْ أُخرى كَانَ عَلَى النِّسْوَةِ رُبُعُ الحَقِّ ، فَإنْ رَجَعَ الرَّجُلُ وَالنِّسَاء فَعَلَى الرَّجُلِ سُدُسُ الحَقِّ، وَعَلَى النِّسْوَةِ خَمْسَةُ أَسْدَاسِ الحَقِّ عِنْدَ أَبي حَنِيفَةَ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : عَلَى الرَّجُلِ النِّصْفُ وَعَلَى النِّسْوَةِ النِّصْفُ .

لأنه بقى من يبقى بشهادته كل الحق (فإن رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال) لأنه ببقاء أحدهم يبقى نصف الحق .

(وإن شهد رجل وامرأتان ، فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق) لبقاء ثلاثة الأرباع ببقاء من بقى (وإن رجعتا) أى المرأتان (ضمنتا نصف الحق) ؛ لأن بشهادة الرجل الباقى يبقى نصف الحق

(وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان منهن ، فلا ضمان عليهن) ، لأنه بقى من يبقى بشهادته كل الحق (فإن رجعت) امرأة (أخرى كان على النسوة) الراجعين [1] (ربع الحق) لأنه بقى النصف بشهادة الرجل ، والربع بشهادة الباقية (فإن رجع الرجل والنساء) جميعاً (فعلى الرجل سدس الحق ، وعلى النسوة خمسة أسداس الحق عند أبى حنيفة) ، لأن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد ، فصار كما إذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا جميعاً ، (وقال أبو يوسف ومحمد : على الرجل النصف ، وعلى النسوة النصف) ،

(١) من حق العربية أن يقول « الراجعات » .

وَإِنْ شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى امْرَأَةٍ بِالنِّكَاحِ بِمِقْدَارِ مَهْرِ مِثْلِهَا ثُمَّ رَجَعَا فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا ، وَكَذَلِكَ إِنْ شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ بِتَزَوُّجِ امْرَأَةٍ بِمِقْدَارِ مَهْرِ مِثْلِهَا وَإِنْ شَهِدَا بِأَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا الزِّيَادَةَ . وَإِنْ شَهِدَا بِبَيْعٍ بِمِثْلِ الْقِيمَةِ أَوْ أَكْثَرَ ثُمَّ رَجَعَا لَمْ يَضْمَنَا ، وَإِنْ كَانَ بِأَقَلَّ مِنَ الْقِيمَةِ ضَمِنَا النُّقْصَانَ وَإِنْ شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا نِصْفَ الْمَهْرِ

لأنهن — وإن كثرن — يقمن مقام رجل واحد ؛ ولهذا لاتقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل ، قال فى التصحيح : وعلى قول الإمام مشى المحبوبى والنسفى وغيرهما .

(وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح) على مهر (بمقدار مهر مثلها) أو أقل أو أكثر (ثم رجعا فلا ضمان عليهما) ؛ لأن منافع البضع غير متقومة عند الإتلاف ؛ لأن التضمين يستدعى المماثلة ، ولا مماثلة بين البضع والمال ، وإنما تتقوم على الزوج عند التملك ضرورة الملك إظهارا لخطر المحل (وكذلك إن شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها) ، لأنه إتلاف بعوض ، لأن البضع متقوم حالة الدخول فى الملك كما سبق ، والإتلاف بعوض كلا إتلاف (فإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة) لإتلافهما الزيادة من غير عوض .

(وإن شهدا) على بائع (ببيع) شىء (بمثل القيمة أو أكثر ، ثم رجعا لم يضمنا) ؛ لأنه ليس بإتلاف معنى نظرا إلى العوض (وإن كان) ما شهدا به (بأقل من القيمة ضمنا النقصان) لإتلافهما هذا الجزء بلا عوض .

(وإن شهدا على رجل أنه طلق امرأته) وكان ذلك (قبل الدخول) بها (ثم رجعا ضمنا نصف المهر) ؛ لأنهما قرّرا عليه مالا كان على شرف السقوط

فإنْ كانَ بَعْدَ الدُّخولِ لَمْ يَضْمَنَا

وَإنْ شَهِدَا أنّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ ثُمّ رَجَعَا ضَمِنَا قِيمَتَهُ .

وَإنْ شَهِدَا بِقِصَاصٍ ثُمّ رَجَعا بَعْدَ الْقَتْلِ ضَمِنَا الدِّيَةَ ، ولا يُقْتَصُّ مِنْهُمَا

وَإذَا رَجَعَ شُهُودُ الْفَرْعِ ضَمِنُوا . وإنْ رَجَعَ شُهُودُ الأَصْلِ وَقَالُوا « لَمْ نُشْهِدْ شُهُودَ الْفَرْعِ عَلَى شَهَادَتِنَا » فَلاَ ضَمَانَ عَلَيْهِمْ ، وَإنْ قَالُوا « أَشْهَدْنَاهُمْ وَغَلِطْنَا » ضَمِنُوا ،

بمجيء الفرقة من قبلها (وإن كان) ذلك (بعد الدُّخول) بها (لم يضمنا) شيئا ؛ لأن المهر تأكد بالدخول، والبضع عند الخروج عن الملك لاقيمة له كامر، فلا يلزم بمقابلته شيء

(وإن شهدا) على رجل (أنه أعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته) ، لإتلافهما مالية العبد من غير عوض ، والولاء للمعتق ، لأن العتق لايتحول إليهما بهذا الضمان ، فلا يتحول الولاء ، هداية .

(وإن شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية) فى مالهما فى ثلاث سنين ؛ لأنهما معترفان ، والعاقلة لاتعقل الاعتراف (ولا يقتص منهما) ، لأنهما لم يباشرا القتل ولم يحصل منهما إكراه عليه .

(وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا) ماأتلفوه بشهادتهم ، لأن الشهادة فى مجلس القضاء صدرت منهم ، فكان التلف مضافا إليهم (وإن رجع شهود الأصل) بعد القضاء (وقالوا : لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا ، فلا ضمان عليهم) لأنهم أنكروا السبب ، ولا يبطل القضاء ، لتعارض الخبرين . أما إذا كان قبل القضاء فإنها تبطل شهادة الفرع ، لإنكار شهود الأصل التحميل ، ولابد منه (وإن قالوا : أشهدناهم و) لكن (غلطنا ضمنوا) قال فى الهداية : وهذا عند محمد ، وعند أبى حنيفة وأبى يوسف : لاضمان عليهم ، لأن القضاء وقع بشهادة

وَإنْ قَالَ شُهُودُ الْفَرْعِ «كَذَبَ شُهُودُ الأَصْلِ» أَوْ «غَلِطُوا فِي شَهَادَتِهِم» لَمْ يُلتَفَتْ إِلَى ذَلِكَ .

وَإِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةٌ بِالزِّنَا وَشَاهِدَانِ بِالْإِحْصَانِ فَرَجَعَ شُهُودُ الْإِحْصَانِ لَمْ يَضْمَنُوا ، وَإِذَا رَجَعَ الْمُزَكُّونَ عَنِ التَّزْكِيَةِ ضَمِنُوا

الفروع ؛ لأن القاضي يقضي بما يعاين من الحجة ، وهي شهادتهم ، وله أن الفروع نقلوا شهادة الأصول ، فصار كأنهم حضروا ، اه . قال في الفتح : وقد أخر المصنف دليل محمد ، وعادته أن يكون المرجح عنده ما أخره ، اه . وفي الهداية : ولو رجع الأصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لاغير ؛ لأن القضاء وقع بشهادتهم ، وعند محمد المشهود عليه بالخيار : إن شاء ضمن الأصول ، وإن شاء ضمن الفروع ، وتمامه فيها (وإن قال شهود الفرع) بعد القضاء بشهادتهم : (كذب شهود الأصل ، أو غلطوا في شهادتهم ، لم يلتفت إلى ذلك) ، لأن ما أمضى من القضاء لا ينقض بقولهم ، ولا يجب الضمان عليهم ، لأنهم مارجعوا عن شهادتهم ، وإنما شهدوا بالرجوع على غيرهم .

(وإذا شهد أربعة بالزنا وشاهدان بالإحصان ، فرجع شهود الإحصان) عن شهادتهم (لم يضمنوا) ؛ لأن الحكم يضاف إلى السبب — وهو هنا الزنا — بخلاف الإحصان ، فإنه شرط كالبلوغ ، والعقل والإسلام ، وهذه المعاني لا يستحق عليها العقاب ، وإنما يستحق العقاب بالزنا ، وتمامه في الجوهرة .

(وإذا رجع المزكون عن التزكية ضمنوا) قال في الهداية : وهذا عند أبي حنيفة ، وقالا : لا يضمنون ؛ لأنهم أثنوا على الشهود ، فصاروا كشهود الإحصان ؛ وله أن التزكية إعمال للشهادة ، إذ القاضي لا يعمل بها إلا بالتزكية فصار في معنى علة العلة ، بخلاف شهود الإحصان ، لأنه شرط محض . قال جمال الإسلام في شرحه : والصحيح قول الإمام ، واعتمده البرهاني ، والنسفي ، وصدر الشريعة ، تصحيح .

وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ بِالْيَمِينِ وَشَاهِدَانِ بِوُجُودِ الشَّرْطِ ثُمَّ رَجَعُوا فَالضَّمَانُ عَلَى شُهُودِ الْيَمِينِ خَاصَّة .

كتاب أدب القاضى

لا تَصِحُّ وِلَايَةُ الْقَاضِي حَتَّى يَجْتَمِعَ فِي الْمُوَلَّي شَرَائِطُ الشَّهَادَةِ

(وإذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان) آخران (بوجودالشرط، ثم رجعوا) جميعاً (فالضمان على شهود اليمين خاصة) ؛ لأنه هو السبب ، والتلف يضاف إلى مثبتى السبب دون الشرط المحض ، ألا يرى أن القاضى يقضى بشهادة اليمين دون شروط الشرط ، ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ، اه هداية . وفى العينى لا ضمان عليهم على الصحيح .

كتاب أدب القاضى

مناسبته للشهادات ، وتعقيبه لها ظاهرة من حيث إن القضاء يتوقف على الشهادة غالبا ، قال فى الجوهرة : الأدب اسم يقع على كل رياضة محمودة ، يتخرج بها الإنسان فى فضيلة من الفضائل .

واعلم أن القضاء أمر من أمور الدين ، ومصلحة من مصالح المسلمين ، تجب العناية به ، لأن بالناس إليه حاجة عظيمة ، اهـ .

(ولا تصح ولاية القاضى حتى يجتمع فى المولى) بفتح اللام — اسم مفعول ، وعدل عن الضمير إلى الظاهر ليكون فيه دلالة على تولية غيره له بدون طلبه ، وهو الأولى للقاضى كما فى الكفاية (شرائط الشهادة) لأن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة ، لأن كل واحد منهما من باب الولاية ، فكل مَنْ كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء ، وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء ، والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح ، إلا أنه لا ينبغى أن يقلد كما فى حكم الشهادة ، فإنه لا ينبغى للقاضى أن يقبل شهادته ، ولو قبل جاز عندنا ، ولو كان عدلا ففسق

وَيَكونَ مِنْ أَهْلِ الاجتِهادِ ، وَلاَ بَأْسَ بالدُّخُولِ في القَضَاءِ لِمَنْ يَثِقُ أَنّهُ يُؤَدِّى فَرْضَهُ ، وَيُكْرَهُ الدُّخُولُ فِيهِ لِمَنْ يَخَافُ العَجْزَ عَنْهُ ، وَلاَ يَأْمَنُ عَلَى نَفْسِهِ الْحَيفَ فِيهِ .

بأخذ الرشوة أو غيرها لا ينعزل و يستحق العزل ، وهذا هو ظاهر المذهب ، وعليه مشايخنا ، وقال بعض المشايخ : إذا قلد الفاسق ابتداء يصح ، ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق ؛ لأن المقلِّد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها ، هداية .

(و يكون) بالنصب ــ عطفاً على «يجتمع» (من أهل الاجتهاد) قال في الهداية: والصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية، فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا ، لأنه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره، ومقصود القضاء يحصل به وهو إيصال الحق إلى مستحقه، ولكن ينبغى للمقلد أن يختار من هو الأقدر والأولى ، لقوله صلى الله عليه وسلم : «من قلد إنسانا عملا وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين » وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه .

وحاصله : أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ، ليعرف معاني الآثار، أو صاحب فقه له معرفة بالحديث ، لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه ، وقيل: أن يكون مع ذلك صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس ، لأن من الأحكام ما يبتنى عليها ، اهـ .

(ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه) أى يعلم من نفسه (أنه يؤدى فرضه) وهو الحكم على قاعدة الشرع ، قال في الجوهرة : وقد دخل فيه قوم صالحون ، ، واجتنبه قوم صالحون ، وتركُ الدخول فيه أحْوَطُ وأسْلَمُ للدين والدنيا ؛ لما فيه من الخطر العظيم والأمر المخوف .

(ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه) أى عن القيام به على الوجه المشروع (ولا يأمن على نفسه الحيف فيه) أى الظلم ، قال في الهداية : وكره

وَلاَ يَنْبَغِى أنْ يَطْلُبَ الْوِلاَيَةَ ، وَلاَ يَسْأَلَهَا .

وَمَنْ قُلِّدَ الْقَضَاءَ يُسَلَّمُ إِلَيْهِ دِيوَانُ الْقَاضِى الَّذِى قَبْلَهُ ، وَيَنْظُرُ فِى حَالِ الْمَحْبُوسِينَ ، فَمَنِ اعْتَرَفَ

بعضهم الدخول فيه مختارا ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم « من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين » ، والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعاً فى إقامة العدل ، والترك عزيمة ، فلعله يخطىء ظنه فلا يوفق له ، أولا يعينه غيره ، ولا بد من الإعانة ، إلا إذا كان هو الأهل للقضاء دون غيره ، فحينئذ يفترض عليه التقلد ، صيانة لحقوق العباد ، وإخلاء العالم عن الفساد ، اه .

(ولا ينبغى) للانسان (أن يطلب الولاية) بقلبه (ولا يسألها) بلسانه ، لقوله صلى الله عليه وسلم « من طَلَبَ القضاءَ وُكِلَ إلى نفسه ، ومن أجبر عليه نزل عليه مَلَكٌ يسدِّده » ثم يجوز التقليد من السلطان العادل والجائر ولو كان كافراً كما فى الدر عن مسكين وغيره ، إلا إذا كان لا يمكنه من القضاء بالحق ؛ لأن المقصود لا يحصل بالتقليد .

(ومن قلد القضاء يسلم إليه ديوان القاضى الذى) كان (قبله) وهى الخرائط التى فيها السجلات وغيرها ، لأنها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة ، فتجعل فى يد مَنْ له ولاية القضاء ، فيبعث أمينين ليقبضاها بحضرة المعزول أو أمينه ، ويسألانه شيئاً فشيئاً ، ويجعلان كل نوع منها فى خريطة كيلا تشتبه على المولى ، وهذا السؤال لكشف الحال ، لا للالزام ، هداية .

(وينظرُ فى حال المحبوسين) لأنه جعل ناظراً للمسلمين (فمن اعترف

بِحَقٍّ أَلْزَمَهُ إِيَّاهُ ، وَمَنْ أَنْكَرَ لَمْ يَقْبَلْ قَوْلَ الْمَعْزُولِ عَلَيْهِ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ ، وَإِنْ لَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ لَمْ يُعَجِّلْ بِتَخْلِيَتِهِ حَتَّى يُنَادَى عَلَيْهِ وَيَسْتَظْهِرَ فِي أَمْرِهِ .

وَيَنْظُرُ فِي الْوَدَائِعِ وَارْتِفَاعِ الْوُقُوفِ ، فَيَعْمَلُ عَلَى مَا تَقُومُ بِهِ الْبَيِّنَةُ أَوْ يَعْتَرِفُ بِهِ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ . وَلاَ يَقْبَلُ قَوْلَ الْمَعْزُولِ إِلاَّ أَنْ يَعْتَرِفَ الَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ أَنَّ الْمَعْزُولَ سَلَّمَهَا إِلَيْهِ فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهَا .

وَيَجْلِسُ لِلْحُكْمِ جُلُوسًا ظَاهِرًا فِي الْمَسْجِدِ

بحق ألزمه إياه) عملا بإقراره (ومن أنكر لم يقبل قول المعزول عليه إلا ببينة) لأنه بالعزل التحق بالرعايا ، وشهادة الفرد ليست بحجة ، لاسيما إذا كان على فعل نفسه ، هداية . (فإن لم تقم) عليه (بينة لم يعجل بتخليته) بل يتمهل (حتى ينادى عليه) بالجامع والأسواق بقدر ما يرى (ويستظهر فى أمره) ؛ لأن فعل المعزول حق ظاهر ، فلا يعجل بتخليته ، كيلا يؤدى إلى إبطال حق الغير .

(وينظر فى الودائع) التى وضعها المعزول فى أيدى الأمناء (وارتفاع الوقوف) أى غلاتها (فيعمل على) حسب (ماتقوم به البينة أو يعترف به من هو فى يده) لأن كل واحد منهما حجة (ولا يقبل) عليه (قول المعزول) لما مر (إلا أن يعترف الذى هو فى يده أن) القاضى (المعزول سلمها) أى الودائع أو الغلات (إليه فيقبل قوله) أى المعزول (فيها) لأنه ثبت بإقرار ذى اليد أن اليد كانت للمعزول فيصح إقراره كأنه فى يده فى الحال .

(ويجلس) القاضى (للحكم جلوساً ظاهراً فى المسجد) ويختار مسجداً

وَلاَ يَقْبَلُ هَدِيَّةً إلَّا مِنْ ذِى رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، أوْ مِمَّنْ جَرَتْ عَادَتُهُ قَبْلَ القَضَاءِ بِمُهَادَاتِهِ .

وَلا يَحْضُرُ دَعْوَةً إلاّ أنْ تَكُونَ عَامَّةً ، وَيَشْهَدُ الْجَنَازَةَ ، وَيَعودُ الْمَرِيضَ .

وَلاَ يُضِيفُ أَحَدَ الْخَصْمَيْنِ دُونَ خَصْمِهِ ، وَإذا حَضَرَا سَوَّى بَيْنَهُمَا فِي الْجُلُوسِ وَالْإِقْبَالِ ،

فى وسط البلد تيسيراً على الناس ، والمسجد الجامع أولى ، لأنه أشهر .

(ولا يقبل هدية) من أحد (إلا من ذى رحم محرم ، أو ممن جرت عادته قبل) تقلد (القضاء بمهاداته) قال فى الهداية : لأن الأول صلة الرحم ، والثانى ليس للقضاء ، بل جَرْىٌ على العادة ، وفيما وراء ذلك يكون آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لايقبل هديته ، وكذا إذا زاد المُهْدِى على المعتاد أوكانت له خصومة ؛ لأنه لأجل القضاء فيتحاماه ، اه .

(ولا يحضر دعوة إلا أن تكون) الدعوة (عامة) لأن الخاصة مظنة التهمة ، بخلاف العامة (ويشهد الجنازة ، ويعود المريض) لأن ذلك من حقوق المسلمين .

(ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) لما فيه من التهمة ، وفى التقييد بأحد الخصمين إشارة إلى أنه لابأس بإضافتهما معاً (وإذا حضرا) أى الخصمان (سوى) القاضى (بينهما فى الجلوس) بين يديه (والإقبال) عليهما ، والإشارة إليهما ، يفعل ذلك مع الشريف والدنئ ، والأب والابن ، والخليفة والرعية .

وَلاَ يُسَارُّ أَحَدَهُمَا ، وَلاَ يُشِيرُ إِلَيْهِ ، وَلاَ يُلَقِّنُهُ حُجَّةً .

فَإِذَا ثَبَتَ الْحَقُّ عِنْدَهُ ، وَطَلَبَ صَاحِبُ الْحَقِّ حَبْسَ غَرِيمِهِ ، لَمْ يَعْجَلْ بِحَبْسِهِ ، وَأَمَرَهُ بِدَفْعِ مَا عَلَيْهِ ، فَإِنِ امْتَنَعَ حَبَسَهُ فِي كُلِّ دَيْنٍ لَزِمَهُ بَدَلاً عَنْ مَالٍ حَصَلَ فِي يَدِهِ ، كَثَمَنِ الْمَبِيعِ وَبَدَلِ الْقَرْضِ ، أَوِ الْتَزَمَهُ بِعَقْدٍ ، كَالْمَهْرِ وَالْكَفَالَةِ ، وَلاَ يَحْبِسُهُ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ إِذَا قَالَ : إِنِّي فَقِيرٌ ، إِلاَّ أَنْ يُثْبِتَ غَرِيمُهُ أَنَّ لَهُ مَالاً ، وَيَحْبِسُهُ شَهْرَيْنِ أَوْ ثَلاَثَةً

(ولا يسار أحدهما ، ولا يشير إليه ، ولا يلقنه حجة) ولا يضحك فى وجهه ؛ احترازاً عن التهمة ، ولا يمازحهم ولا واحداً منهم؛ لأنه يذهب بمهابة القضاء

(فإذا) تمت الدعوى ، و (ثبت الحق عنده) على أحدهما (وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل) القاضى (بحبسه ، و) لكن (أمره بدفع ما) ثبت (عليه) ؛ لأن الحبس جزاء المماطلة ، فلا بد من ظهورها ، وهذا إذا ثبت الحق بإقراره ، لأنه لم يعرف كونه مماطلا ، بخلاف ما إذا ثبت بالبينة ، فإنه يحبسه كما ثبت لظهور المطل بإنكاره كما فى الهداية ، قال فى البحر : وهو المذهب عندنا ، اه (فإن امتنع) عن دفعه (حبسه) ـ و إن تعلل بفقره ـ إلى ظهور عسره ، وذلك (فى كل دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يده كثمن مبيع) وبدل مستأجر ، لأنه إذا حصل المال فى يده ثبت غناه به (أو التزمه بعقد ، كالمهر والكفالة) ، لأن إقدامه على التزامه باختياره دليل يساره ، لأنه لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه (ولا يحبسه فيما سوى ذلك) كبدل خلع ، ومغصوب ، ومتلف ، و نحو ذلك (إذا قال إنى فقير) ، إذ الأصل العسرة (إلا أن يثبت غريمه أن له مالا ، فيحبسه) حينئذ ، لظهور المطل (شهرين أو ثلاثة)

ثُمَّ يَسْأَلُ عَنْهُ ، فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ مَالٌ خَلَّى سَبِيلَهُ ، وَلا يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غُرَمَائِهِ
وَيُحْبَسُ الرَّجُلُ فِي نَفَقَةِ زَوْجَتِهِ ، وَلا يُحْبَسُ وَالِدٌ فِي

أو أكثر أو أقل ، بحسب ما يرى ، بحيث يغلب على ظنه أنه لو كان له مال لأظهره. قال في الهداية : والصحيح أن التقدير مفوض إلى رأى القاضى ، لاختلاف أحوال الأشخاص فيه ، ومثله فى شرح الزاهدى والإسبيجابى وفتاوى قاضيخان كما فى التصحيح (ثم يسأل عنه) جيرانه وأقاربه ومن له خبرة به (فإن لم يظهر له مال خَلَّى سبيله) لأنه استحق النظرة إلى الميسرة ، فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ، وفى قوله «ثم يسأل عنه» إشارة إلى أنه لا تقبل بينة الإفلاس قبل الحبس . قال جمال الإسلام: وهذا قول الإمام ، وهو المختار ، وقال قاضيخان : إذا أقام البينة على الإفلاس قبل الحبس فيه روايتان ، قال ابن الفضل : والصحيح أنه يقبل ، وينبغى أن يكون ذلك مفوضاً إلى رأى القاضى ، إن علم أنه وقح لا يقبل بينته قبل الحبس ، وإن علم أنه لين قبل بينته ، كذا فى التصحيح ، وفى النهر عن الخانية : ولو فقره ظاهراً سأل عنه عاجلا، وقبل بينته على إفلاسه وخلى سبيله ، اه .

(ولا يحول بينه وبين غرمائه) بعد خروجه من الحبس ، فإذا دخل داره لا يتبعونه ، بل ينتظرونه حتى يخرج ، فإن كان الدين لرجل على امرأة لا يلازمها ، ولكن يبعث امرأة أمينة تلازمها .

(ويحبس الرجل فى نفقة زوجته) لظلمه بامتناعه (ولا يحبس والد فى

دَيْنِ وَلَدِهِ إِلاَّ إِذَا امْتَنَعَ مِنَ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ .

وَيَجُوزُ قَضَاءُ الْمَرْأَةِ فِى كُلِّ شَىْءٍ ، إِلاَّ فِى الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ .

وَيُقْبَلُ كِتَابُ الْقَاضِى إِلَى الْقَاضِى فِى الْحُقُوقِ إِذَا شُهِدَ بِهِ عِنْدَهُ ، فَإِنْ شَهِدُوا عَلَى خَصْمٍ حَكَمَ بِالشَّهَادَةِ ، وَكَتَبَ بِحُكْمِهِ ، وَإِنْ شَهِدُوا بِغَيْرِ حَضْرَةِ خَصْمٍ لَمْ يَحْكُمْ ، وَكَتَبَ بِالشَّهَادَةِ لِيَحْكُمَ

دين ولده) لأنه نوع عقوبة ، فلا يستحقه الولد على والده (إلا إذا امتنع) والده (من الإنفاق عليه) دفعاً لهلاكه ، واحترازاً عن سقوطها ، فإنها تسقط بمضى الزمان .

(ويجوز قضاء المرأة فى كل شىء ، إلا فى الحدود والقصاص) اعتباراً بشهادتها .

(ويقبل كتاب القاضى إلى القاضى فى الحقوق) التى لاتسقط بالشبهة (إذا شهد) بالبناء بالمجهول (به) أى الكتاب (عنده) أى القاضى المكتوب إليه أنه كتاب فلان القاضى وخَتْمُه (فإن) كان الشهداء (شهدوا) عند القاضى الكاتب (على خصم) حاضر (حكم بالشهادة) على قواعد مذهبه (وكتب بحكمه) إلى القاضى الآخر لينفذه ، ويكون هذا فى صورة الاستحقاق ، فإن المدعى عليه إذا حكم عليه وأراد الرجوع على بائعه وهو فى بلدة أخرى وطلب من القاضى أن يكتب بحكمه إلى قاضى تلك البلدة يكتبه له ، ويسمى هذا الكتاب سجلا لتضمنه الحكم (وإن) كانوا (شهدوا بغير حضرة خصم لم يحكم) بتلك الشهادة ، لما مر من أن القضاء على الغائب لايصح (و) لكن (كتب بالشهادة ليحكم

بِهَا الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ

وَلا يَقْبَلُ الْكِتَابَ إِلاَّ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ ، أَوْ رَجُلٍ وامْرَأَتَيْنِ ، وَيَجِبُ أَنْ يَقْرَأَ الْكِتَابَ عَلَيْهِمْ لِيَعْرِفُوا مَافِيهِ ، ثُمَّ يَخْتِمُهُ بِحَضْرَتِهِمْ وَيُسَلِّمُهُ إِلَيْهِمْ ،

بها المكتوب إليه) على قواعد مذهبه ، ويسمى هذا الكتاب الحكمى ، لأن المقصود به حكم المكتوب إليه ، وهو فى الحقيقة نقل الشهادة .

(ولا يقبل) القاضى المكتوب إليه (الكتاب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) ؛ لاحتمال التزوير ، وهذا عند إنكار الخصم أنه كتاب القاضى ؛ وأما إذا أقر فلا حاجة إلى إقامة بينة .

(ويجب) على القاضى الكاتب (أن يقرأ الكتاب عليهم) : أى على الشهود (ليعرفوا ما فيه) أو يعلمهم به ، لأنه لا شهادة بدون العلم (ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه إليهم) نفيا للشك والتردد من كل وجه . قال فى الهداية وشرح الزاهدى أما الختم بحضرتهم ، وكذا حفظ فى مافى الكتاب ؛ فشرطٌ عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف آخراً : ليس شىء من ذلك بشرط ، والشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه ، وعنه أن الختم ليس بشرط أيضاً ، فسهل فى ذلك لما ابتلى بالقضاء ، وليس الخبر كالمعاينة ، وهذا مختار شمس الأئمة السرخسى .

قال شيخنا فى شرح الهداية : ولا شك عندى فى صحته ؛ فإن الغرض إذا كان عدالة الشهود — وهم حملة الكتاب — فلا يضره كونه غير مختوم مع شهادتهم أنه كتابه ، نعم إذا كان الكتاب مع المدعى ينبغى أن يشترط الختم ، لاحتمال التغيير ، إلا أن يشهدوا بما فيه حفظا ، فالوجه إن كان الكتاب مع الشهود أن لا يشترط معرفتهم بما

فَإِذَا وَصَلَ إِلَى القَاضِي لَمْ يَقْبَلْهُ إِلَّا بِحَضْرَةِ الْخَصْمِ ، فَإِذَا سَلَّمَهُ الشُّهُودُ إِلَيْهِ نَظَرَ إِلَى خَتْمِهِ ، فَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهُ كِتَابُ فُلَانٍ القَاضِي سَلَّمَهُ إِلَيْنَا فِي مَجْلِسِ حُكْمِهِ وَقَرَأَهُ عَلَيْنَا وَخَتَمَهُ ، فَضَّهُ القَاضِي ، وَقَرَأَهُ عَلَى الْخَصْمِ ، وَأَلْزَمَهُ مَا فِيهِ

فيه ، ولا الختم ، بل تكفى شهادتهم أنه كتابه مع عدالتهم ، وإن كان مع المدعى اشترط حفظهم لما فيه فقط ، كذا فى التصحيح .

(فإذا وصل) الكتاب (إلى القاضى لم يقبله إلا بحضرة الخصم) ؛ لأنه بمنزلة أداء الشهادة ، فلا بد من حضوره (فإذا سلمه الشهود إليه) أى إلى القاضى بحضرة الخصم (نظر) القاضى (إلى ختمه) أولا ليتعرفه (فإن شهدوا أنه كتاب فلان القاضى سلمه إلينا فى مجلس حكمه ، وقرأه علينا ، وختمه بختمه ؛ فضه القاضى ، وقرأه على الخصم ، وألزمه ما فيه) قال فى الهداية : وهـذا عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : إذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ، ولم يشترط فى الكتاب ظهور العدالة للفتح ، والصحيح أنه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة ، كذا ذكره الخصاف ، لأنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود ، وإنما يمكنهم من أداء الشهادة بعد قيام الختم ، وإنما يقبله المكتوب إليه إذا كان الكاتب على القضاء ، حتى لو عزل ، أو مات ، أو لم يبق أهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله ، لأنه التحق بواحد من الرعايا ، وكذا لو مات المكتوب إليه ، إلا إذا كتب « إلى فلان بن فلان قاضى بلد كذا ، وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين » ، لأن غيره صار تبعاً له ، وهو معرف ، بخلاف ما إذا كتب ابتداء « إلى كل من يصل إليه » على ما عليه مشايخنا ، لأنه غير معرف ، ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ، اهـ .

وَلاَ يُقْبَلُ كِتَابُ القَاضِى إلى القَاضِى فِى الحُدُودِ والقِصَاصِ ، وَلَيْسَ لِلْقَاضِى أَنْ يَسْتَخْلِفَ عَلَى القَضَاءِ إلاّ أَنْ يُفَوِّضَ ذَلِكَ إِلَيْهِ ، وَإِذَا رُفِعَ إِلَى القَاضِى حُكْمُ حَاكِمٍ أَمْضَاهُ

(ولا يقبل كتاب القاضى إلى القاضى فى الحدود والقصاص) ؛ لأن فيه شبهة البدلية عن الشهادة ، فصار كالشهادة على الشهادة ، ولأن مبناها على الإسقاط ، وفى قبوله سعى فى إثباتها .

(وليس للقاضى أن يستخلف) نائباً عنه (على القضاء) ، لأنه قلد القضاء دون التقليد ، فصار كتوكيل الوكيل ، ولو قضى الثانى بحضر من الأول أو قضى الثانى فأجاز الأول ، جاز كما فى الوكالة ، لأنه حضره رأىُ الأول ، وهو الشرط (إلا أن يفوض ذلك إليه) صريحاً ، كول من شئت ، أو دلالة ، كجعلتك قاضى القضاة ، والدلالة هنا أقوى من الصريح ، لأنه فى الصريح المذكور يملك الاستخلاف ، لا العزل ، وفى الدلالة يملكهما ، فإن قاضى القضاة هو الذى يتصرف فيهم مطلقا ، تقليداً وعزلا .

(وإذا رفع إلى القاضى حكم حاكم) مُولًى ولو بعد عزله أو موته إذا كان بعد دعوى صحيحة (أمضاه) أى : ألزم الحكم والعمل بمقتضاه ، سواء وافق رأيه أو خالفه إذا كان مجتهداً فيه ؛ لأن القضاء متى لاقى محلا مجتهداً فيه ينفذ ولا يرده غيره ؛ لأن الاجتهاد الثانى كالاجتهاد الأول لتساويهما فى الظن ، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به ، فلا ينقض بما هو دونه. ولو قضى فى المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ، ناسيا لمذهبه ، نفذ عند أبى حنيفة ، وإن كان عامداً ففيه روايتان ، وعندهما لا ينفذ فى الوجهين ؛ لأنه قضى بما هو خطأ عنده ، وعليه الفتوى كما فى الهداية ، والوقاية ، والمجمع ، والملتقى ، قيدنا بالمولَّى لأن حكم المحكم لا يرفع الخلاف كما يأتى ، وبكونه بعد دعوى

إلاَّ أنْ يُخَالِفَ الْكِتَابَ ، أو السُّنَّةَ، أو الإجْمَاعَ ، أوْ يَكُونَ قَوْلاً لا دَلِيلَ عَلَيْهِ

وَلاَ يَقْضِي الْقَاضِي عَلَى غَائِبٍ إلاَّ أنْ يَحْضُرَ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ .

وَ إذَا حَكَّمَ رَجُلانِ رَجُلاً لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمَا وَرَضِيَا بِحُكْمِهِ جَازَ إذَا كَانَ بِصِفَةِ الْحَاكِمِ .

صحيحة ـ بأن تكون من خصم على خصم حاضر ـ لأنه إذا لم يكن كذلك يكون إفتاء فيحكم بمذهبه لا غير ، كما في البحر ، قال في الدر : و به عرف أن تنافيذ زماننا لا تعتبر لترك ما ذكر (إلا أن يخالف) حكم الأول (الكتاب) فيما لم يختلف في تأويله السلف كتروك التسمية عمداً (أو السنة) المشهورة كالتحليل بلا وطء ؛ لمخالفته حديث العسيلة المشهور [1] (أو الإجماع) كحل المتعة ؛ لإجماع الصحابة على فساده (أو يكون قولا لا دليل عليه) كسقوط الدين بمضى السنين من غير مطالبة .

(ولا يقضي القاضي على غائب) ولا له (إلا أن يحضر من يقوم مقامه) كوكيله ووصيه ومتولي الوقف ، أو نائبه : شرعا كوصي القاضي ، أو حكما بأن يكون ما يدعى على الغائب سبباً لما يدعى به على الحاضر ، كأن يدعى دارا في يد رجل و يبرهن عليه أنه اشترى الدار من فلان الغائب فحكم الحاكم به على ذي اليد الحاضر كان حكما على الغائب أيضا ، حتى لو حضر وأنكر لم يعتبر ، لأن الشراء من المالك سبب الملكية ، وله صور كثيرة ، ذكر منها جملة في شرح الزاهدي .

(وإذا حكم رجلان) متداعيان (رجلا ليحكم بينهما ورضيا بحكمه) فحكم بينهما (جاز) لأن لهما ولاية على أنفسهما ، فصح تحكيمهما ، وينفذ حكمه عليهما (إذا كان) الحكم (بصفة الحاكم) ؛ لأنه بمنزلة القاضي بينهما ؛ فيشترط فيه

---

(١) هو قوله صلى الله عليه وسلم : « حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك » .

وَلاَ يَجُوزُ تَحْكِيمُ الْكَافِرِ ، وَالْعَبْدِ ، وَالذِّمِّيِّ ، وَالْمَحْدُودِ فِي الْقَذْفِ ، وَالْفَاسِقِ ، وَالصَّبِيِّ .

وَلِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُحَكِّمَيْنِ أَنْ يَرْجِعَ مَا لَمْ يَحْكُمْ عَلَيْهِمَا ، فَإِذَا حَكَمَ لَزِمَهُمَا ، وَإِذَا رُفِعَ حُكْمُهُ إِلَى الْقَاضِي فَوَافَقَ مَذْهَبَهُ أَمْضَاهُ ، وَإِنْ خَالَفَهُ أَبْطَلَهُ

وَلاَ يَجُوزُ التَّحْكِيمُ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ ،

ما يشترط فى القاضى ، وقد فرع على مفهوم ذلك بقوله :

(ولا يجوز تحكيم الكافر) الحربى (والعبد) مطلقاً (والذمى) إلا أن يحكمه ذميان ؛ لأنه من أهل الشهادة عليهم فهو من أهل الحكم عليهم (والمحدود فى القذف) وإن تاب (والفاسق ، والصبى) ؛ لانعدام أهلية القضاء منهم اعتباراً بأهلية الشهادة ، قال فى الهداية : والفاسق إذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر فى المولى.

(ولكل واحد من المحكمين) له (أن يرجع) عن تحكيمه ، لأنه مقلد من جهتهما ، فلا يحكم إلا برضاهما جميعاً ، وذلك (ما لم يحكم عليهما ، فإذا حكم) عليهما وهما على تحكيمهما (لزمهما) الحكم ، لصدوره عن ولاية عليهما .

(وإذا رفع حكمه) أى حكم الحكم (إلى القاضى فوافق مذهبه أمضاه)؛ لأنه لا فائدة فى نقضه ، ثم إبرامه على هذا الوجه (وإن خالفه) أى خالف رأيه (أبطله) ، لأن حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ؛ هداية ، أى : لأن حكم الحكم لا يتعدى المحكمين .

(ولا يجوز التحكيم فى الحدود والقصاص) ؛ لأنه لا ولاية لهما على دمهما ، ولهذا لا يملكان الإباحة ، قالوا : وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم

وَإِنْ حَكَّمَا فِي دَمِ خَطَإٍ فَقَضَى الْحَاكِمُ عَلَى الْعَاقِلَةِ بِالدِّيَةِ لَمْ يَنْفُذْ حُكْمُهُ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَسْمَعَ الْبَيِّنَةَ ، وَيَقْضِيَ بِالنُّكُولِ

وَحُكْمُ الْحَاكِمِ لِأَبَوَيْهِ وَوَلَدِهِ وَزَوْجَتِهِ بَاطِلٌ .

فى سائر المجتهدات ، وهو صحيح ، إلا أنه لا يفتى به ، ويقال : يحتاج إلى حكم المولى دفعاً لتجاسر العوام ، هداية .

(وإن حكما) رجلا (فى دم خطأ فقضى) الحكم (بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه) ، لأنه لا ولاية له عليهم ، لأنه لا تحكيم من جهتهم ، وقد سبق أن ولايته قاصرة على المحكم عليهم .

(ويجوز) للمحكم (أن يسمع البينة ، ويقضى بالنكول) والإقرار ، لأنه حكم موافق للشرع .

(وحكم الحاكم) مطلقا (لأبويه) وإن عَلَيَا [1] (وولده) وإن سفل (وزوجته باطل) ، لأنه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة ، فلا يصح القضاء لهم ، بخلاف ما إذا حَكَمَ عليهم ، لأنه تقبل شهادته عليهم ، لانتفاء التهمة ، فكذا القضاء ، هداية .

---

(١) من حق العربية عليه أن يقول « وإن علوا » كما تقول عند الإسناد لألف الاثنين « دنوا ، وسموا ، ودعوا ، وغزوا » .

كتاب القسمة

يَنْبَغِي لِلْإِمَامِ أَنْ يَنْصِبَ قَاسِماً يَرْزُقُهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ لِيَقْسِمَ بَيْنَ النَّاسِ بِغَيْرِ أُجْرَةٍ

كتاب القسمة

لا تخفى مناسبتها القضاء ، لأنها بالقضاء أكثر من الرضا .

وهى لغةً : اسم للاقتسام . وشرعاً : جمع نصيب شائع فى مكان مخصوص . وسببها : طلب الشركاء أو بعضهم للانتفاع بملكه على وجه الخصوص . وشرطها : عدم فوت المنفعة بالقسمة .

ثم هى لا تعرى عن معنى المبادلة ، لأن ما يجتمع لأحدهما بعضه كان له ، و بعضه كان لصاحبه ، فهو يأخذه عوضاً عما يبقى من حقه فى نصيب صاحبه ، فكان مبادلة من وجه ، و إفرازاً من وجه . والإفراز هو الظاهر فى المكيلات والموزونات لعدم التفاوت ، حتى كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ، والمبادلة هى الظاهر فى غيره للتفاوت ، حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة صاحبه ، إلا أنه إذا كانت من جنس واحد ، أجبره القاضى على القسمة عند طلب أحدهم ، لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد ، والمبادلة مما يجرى فيه الجبر كما فى قضاء الدين ، وإن كانت أجناساً مختلفة لا يجبر القاضى على قسمتها ، لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت فى المقاصد ، ولو تراضوا عليها جاز ، لأن الحق لهم ، وتمامه فى الهداية .

(ينبغى للامام أن ينصب قاسماً يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير أجرة) ، لأن القسمة من جنس عمل القضاء ، من حيث إنه يتم به قطع

فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ نَصَبَ قَاسِماً يَقْسِمُ بِالْأُجْرَةِ ، وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ عَدْلاً ، مَأْمُوناً ، عَالِماً بِالْقِسْمَةِ، وَلايُجْبِرُ الْقَاضِي النَّاسَ عَلَى قَاسِمٍ وَاحِدٍ ، وَلا يَتْرُكُ الْقُسَّامَ يَشْتَرِكُونَ .

وَأَجْرُ الْقِسْمَةِ عَلَى عَدَدِ الرُّءُوسِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : عَلَى قَدْرِ

المنازعة ، فأشبه رزق القاضى (فإن لم يفعل نصب قاسما يقسم بالأجرة) من مال المتقاسمين ؛ لأن النفع لهم ، وهى ليست بقضاء حقيقة ، فجاز له أخذ الأجرة عليها ، و إن لم يجز على القضاء كما فى الدرعن أخى زاده ، قال فى الهداية : والأفضل أن يرزقه من بيت المال ، لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة ، اه .

(ويجب أن يكون) المنصوب للقسمة (عدلا) ، لأنها من جنس عمل القضاء (مأمونا) ليعتمد على قوله (عالما بالقسمة) ليقدر عليها ، لأن من لا يعلمها لا يقدر عليها .

(ولا يجبر القاضى الناس على قاسم واحد) قال فى الهداية : معناه لا يجبرهم على أن يستأجروه ، لأنه لا جَبْرَ على العقود ، ولأنه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله ، ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز ، إلا إذا كان فيهم صغير فيحتاج إلى أمر القاضى ، لأنه لا ولاية لهم عليه ، اه . (ولا يترك) القاضى (القسام يشتركون) كيلا يتواضعوا على مغالاة الأجر ، فيحصل الإضرار بالناس .

(وأجرة القسمة على عدد الرءوس عند أبى حنيفة) لأن الأجر مقابل بالتمييز ، وإنه لا يتفاوت ، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل ، وقد ينعكس الحال ، فتعذر اعتباره ، فيتعلق الحكم بأصل التمييز (وقالا : على قدر

الْأَنصِبَاءِ .

وَإِذَا حَضَرَ الشُّرَكَاءُ وَفِي أَيْدِيهِمْ دَارٌ أَوْ ضَيْعَةٌ ادَّعَوْا أَنَّهُمْ وَرِثُوهَا عَنْ فُلَانٍ لَمْ يَقْسِمْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ حَتَّى يُقِيمُوا الْبَيِّنَةَ عَلَى مَوْتِهِ وَعَدَدِ وَرَثَتِهِ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يَقْسِمُهَا بِاعْتِرَافِهِمْ ، وَيَذْكُرُ فِي كِتَابِ الْقِسْمَةِ أَنَّهُ قَسَمَهَا بِقَوْلِهِمْ

الأنصباء) ، لأنه مؤونة الملك فيتقدر بقدره ، قال فى التصحيح : وعلى قول الإمام مشى فى المغنى والمحبوبى وغيرهما .

(وإذا حضر الشركاء عند القاضى وفى أيديهم دار أو ضيعة) أى أرض (ادعوا أنهم ورثوها عن) مورثهم (فلان لم يقسمها عند أبى حنيفة) ، لأن القسمة قضاء على الميت ، إذ التركة مُبقّاة على ملكه قبل القسمة ، بدليل ثبوت حقه فى الزوائد ، كأولاد ملكه وأرباحه ، حتى تقضى ديونه منها وتنفذ وصاياه ، وبالقسمة ينقطع حق الميت عن التركة ، حتى لا يثبت حقه فيما يحدث بعده من الزوائد ، فكانت قضاء على الميت ، فلا يُجابون إليها بمجرد الدعوى ، بل (حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته) ويصير البعض مدعياً والبعض الآخر خصما عن المورث ، ولا يمتنع ذلك بإقراره ، كما فى الوارث أو الوصى المقر بالدين فإنه تقبل البينة عليه مع إقراره (وقالا : يقسمها باعترافهم) لأن اليد دليل الملك ، ولا منازع لهم ، فيقسمها كما فى المنقول والعقار المشترى (و) لكن (يذكر فى كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم) ليقتصر عليهم ، ولا يكون قضاء على شريك آخر لهم .

قال الإمام جمال الإسلام فى شرحه : الصحيح قول الإمام ، واعتمده المحبوبى

وَإِذَا كَانَ الْمَالُ الْمُشْتَرَكُ مَاسِوَى الْعَقَارِ وَادَّعَوْا أَنَّهُ مِيرَاثٌ قَسَمَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا ، وَإِنِ ادَّعَوْا فِي الْعَقَارِ أَنَّهُمْ اشْتَرَوْهُ قَسَمَهُ بَيْنَهُمْ ، وَإِنِ ادَّعَوْا الْمِلْكَ وَلَمْ يَذْكُرُوا كَيْفَ انْتَقَلَ قَسَمَهُ بَيْنَهُمْ .

وَإِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشُّرَكَاءِ يَنْتَفِعُ بِنَصِيبِهِ قَسَمَ بِطَلَبِ أَحَدِهِمْ ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمْ يَنْتَفِعُ وَالآخَرُ يَسْتَضِرُّ لِقِلَّةِ نَصِيبِهِ ، فَإِنْ طَلَبَ صَاحِبُ الْكَثِيرِ قَسَمَ ،

والنسفي وصدر الشريعة وغيرهم ، كذا في التصحيح .

(وإذا كان المال المشترك ماسوى العقار وادعوا أنه ميراث) أو مشترى أو ملك مطلق ، وطلبوا قسمته (قسمه في قولهم جميعا) ؛ لأن في قسمة المنقول نظراً للحاجة إلى الحفظ (وإن ادعوا في العقار أنهم اشتروه) وطلبوا قسمته (قسمه بينهم) أيضاً؛ لأن المبيع يخرج من ملك البائع وإن لم يقسم ، فلم تكن القسمة قضاء على الغير (وإن) ادعوا الملك المطلق ، و(لم يذكروا كيف انتقل) إليهم (قسمه بينهم) أيضاً ؛ لأنه ليس في القسمة قضاء على الغير ؛ فإنهم ما أقروا بالملك لغيرهم ، قال في التصحيح : هذه رواية كتاب القسمة ، وفي رواية الجامع : لا يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما ، قال في الهداية : ثم قيل هو قول أبي حنيفة خاصة ، وقيل : هو قول الكل ، وهو الأصح ، وكذا نقل الزاهدي .

(وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه) بعد القسمة (قسم بطلب أحدهم) ؛ لأن في القسمة تكميل المنفعة ؛ فكانت حقاً لازماً فيما يقبلها بعد طلب أحدهم (وإن كان أحدهم ينتفع) بالقسمة ، لكثرة نصيبه (والآخر يستضر لقلة نصيبه ، فإن طلب صاحب الكثير قسم) له ؛ لأنه ينتفع بنصيبه ،

وَإِنْ طَلَبَ صَاحِبُ الْقَلِيلِ لَمْ يَقْسِمْ ، وَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ يَسْتَضِرُّ لَمْ يَقْسِمْهَا إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا .

وَيَقْسِمُ الْعُرُوضَ إِذَا كَانَتْ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ ، وَلَا يُقْسَمُ الْجِنْسَانِ بَعْضُهُمَا فِي بَعْضٍ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَقْسِمُ الرَّقِيقَ وَلَا الْجَوْهَرَ لِتَفَاوُتِهِ

فاعتبر طلبه ؛ لأن الحق لا يبطل بتضرر الغير . (و إن طلب صاحب القليل لم يقسم) اه ؛ لأنه يستضر فكان متعنتاً فى طلبه ، فلم يعتبر طلبه ، قال فى التصحيح : وذكر الخصاف على قلب هذا ، وذكر الحاكم فى مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضى ، قال فى الهداية وشرح الزاهدى : إن الأصح ما ذكر فى الكتاب ، وعليه مشى الإمام البرهانى ، والنسفى ، وصدر الشريعة ، وغيرهم ، اه (وإن كان كل واحد منهما يستضر) لقلته (لم يقسمها) القاضى (إلا بتراضيهما) ، لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة ، وفى هذا تفويتها ، و يجوز بتراضيهما ، لأن الحق لهما ، وهما أعرف بشأنهما.

(ويقسم العروض) جمع عرض - كفلس - خلاف العقار (إذا كانت من صنف واحد) لاتحاد المقاصد فيحصل التعديل فى القسمة والتكميل فى المنفعة ، (ولا يقسم الجنسان بعضهما فى بعض) ، لأنه لا اختلاط بين الجنسين ، فلا تقع القسمة تمييزا ، بل تقع معارضة ، وسبيلها التراضى دون جبر القاضى. (وقال أبو حنيفة : لا يقسم الرقيق ولا الجوهر لتفاوته) ، لأن التفاوت فى الآدمى فاحش ، لتفاوت المعانى الباطنة ، فكان كالجنس المختلف ، بخلاف الحيوانات ، لأن التفاوت

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يُقْسَمُ الرَّقِيقُ .

وَلاَ يُقْسَمُ حَمَّامٌ وَلاَ بِئْرٌ وَلاَ رَحًى إِلاَّ أَنْ يَتَرَاضَى الشُّرَكَاءُ .

وَإِذَا حَضَرَ وَارِثَانِ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ عَلَى الْوَفَاةِ وَعَدَدِ الْوَرَثَةِ وَالدَّارُ فِي أَيْدِيهِمْ وَمَعَهُمْ وَارِثٌ غَائِبٌ قَسَمَهَا

فيها يقلّ عند اتحاد الجنس ، وتفاوت الجواهر أفحش من تفاوت الرقيق (وقال أبو يوسف ومحمد: يقسم الرقيق) لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم، قال في الهداية : وأما الجواهر فقد قيل : إذا اختلف الجنس لا يقسم كما في اللآلىء واليواقيت ، وقيل : لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ، و يقسم الصغار لقلة التفاوت ، وقيل: يجرى الجواب على إطلاقه ، لأن جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق ، ألا ترى أنه لو تزوج على لؤلؤة ، أو ياقوتة ، أو خالع عليهما لا تصح التسمية و يصح ذلك على عبد ، فأولى أن لا يجبر على القسمة ، اهـ . قال الإمام بهاء الدين فى شرحه : الصحيح قول أبي حنيفة ، واعتمده المحبوبى والنسفى وصدر الشريعة وغيرهم ، كذا فى التصحيح .

(ولا يقسم حمام ، ولا بئر ، ولا رحى) ولا كل ما فى قسمه ضرر لهم ، كالحائط بين الدارين والكتب ، لأنه يشتمل على الضرر فى الطرفين ، لأنه لا يبقى كل نصيب منتفعاً به انتفاعا مقصوداً ، فلا يقسمه القاضى ، بخلاف التراضى كما مر ، ولذا قال : (إلا أن يتراضى الشركاء) ، لالتزامهم الضرر ، وهذا إذا كانوا ممن يصح التزامهم ، و إلا فلا .

(و إذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة ، والدار) أو العروض بالأولى (فى أيديهما ، ومعهما وارث غائب) أو صغير (قسمها

الْقَاضِي بِطَلَبِ الْحَاضِرِينَ ، وَيَنْصِبُ لِلْغَائِبِ وَكِيلاً يَقْبِضُ نَصِيبَهُ ، وَإِنْ كَانُوا مُشْتَرِينَ لَمْ يَقْسِمْ مَعَ غَيْبَةِ أَحَدِهِمْ ، وَإِنْ كَانَ الْعَقَارُ فِي يَدِ الْوَارِثِ الْغَائِبِ لَمْ يُقْسَمْ ، وَإِنْ حَضَرَ وَارِثٌ وَاحِدٌ لَمْ يُقْسَمْ

القاضى بطلب الحاضرين ، وينصب للغائب وكيلا) وللصغير وصيا (يقبض نصيبه) ، لأن فى ذلك نظراً للغائب والصغير ، ولا بد من إقامة البينة على أصل الميراث فى هذه الصورة عند أبى حنيفة أيضاً ، لأن فى هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير بقولهم ، خلافا لهما .

(وإن كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة ، حتى يَرُدَّ بالعيب ويُرَدَّ عليه بالعيب فيما اشتراه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث ، فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما فى يده والآخر عن نفسه ، فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين ، أما الملك الثابت بالشراء فملك مبتدأ ، ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه ، فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب ، فوضح الفرق ، هداية .

(وإن كان العقار) أو شيء منه (فى يد الوارث الغائب) أو مودعه (لم يقسم) قال فى الهداية : وكذا إذا كان فى يد الصغير ، لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما ، وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه ، والقضاء من غير خصم لا يجوز ، ولا فرق فى هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها ، هو الصحيح كما أطلق فى الكتاب ، اهـ .

(وإن حضر وارث واحد لم يقسم) وإن أقام البينة ؛ لأنه لا بد من حضور الخصمين ، لأن الواحد لا يصلح مخاصِماً ومخاصَماً ، وكذا مقاسِما ومقاسَما ، بخلاف

وَإِذَا كَانَتْ دُورٌ مُشْتَرَكَةٌ فِي مِصْرٍ وَاحِدٍ قُسِمَتْ كُلُّ دَارٍ عَلَى حِدَتِهَا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ :

ما إذا كان الحاضر اثنين على ما بينا ، ولو كان الحاضر كبيراً وصغيراً نصب القاضي عن الصغير وصيا ، وقسم إذا أقيمت البينة ، وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية ؛ لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصَى له عن نفسه ، وكذا الوصي عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ، هداية .

فقوله فيما تقدم : « وكذا إذا كان في يد صغير » أي غائب ، كما يدل له ما في البزازية ، ونصه : وإن حضر الوارث ومعه صغير نصب وصيا وقسم بينهما كما مر ، فإن كان الصغير غائبا وطلب من الحاكم نصب الوصي لا ينصب ، إلى أن قال : والفرق بين الصغير الغائب والحاضر أن الدعوى لا تصح إلا على خصم حاضر ، وجعل الغير خصما عن الغائب خلاف الحقيقة ، فلا يصار إليه إلا عند العجز ، والصغير عاجز عن الجواب ، لا عن الحضور ، فلم يجعل عنه غيره خصما في حق الحضور ، وجعل خصما في الجواب ، فإذا كان الصبي حاضرا وجد الدعوى على حاضر فينصب وصيا عنه في الجواب ، وإن كان غائبا لم يوجد الدعوى على حاضر ، فلا ينصب وصيا عنه في الجواب ؛ لعدم صحة الدعوى ، اهـ .

(وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسمت كل دار على حدتها في قول أبي حنيفة) ؛ لأن الدور أجناس مختلفة ؛ لاختلاف المقاصد باختلاف المحالّ والجيران والقرب من المسجد والماء والسوق ، فلا يمكن التعديل (وقالا):

إِنْ كَانَ الْأَصْلَحُ لَهُمْ قِسْمَةَ بَعْضِهَا فِي بَعْضٍ قَسَمَهَا

وَإِنْ كَانَتْ دَارٌ وَضَيْعَةٌ ، أَوْ دَارٌ وَحَانُوتٌ ، قَسَمَ كُلَّ وَاحِدٍ عَلَى حِدَتِهِ .

الرأى فيه إلى القاضى (إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها فى بعض قسمها) كذلك ، وإلا قسمها كل دار على حدتها ، لأن القاضى مأمور بفعل الأصلح مع المحافظة على الحقوق . قال الإسبيجابى : الصحيح قول الإمام ، وعليه مشى البرهانى والنسفى وغيرهما ، تصحيح .

قال فى الهداية : وتقييد الكتاب بكونهما فى مصر واحد ، إشارة إلى أن الدارين إذا كانتا فى مصرين لا يجمعان فى القسمة عندهما ، وهو رواية هلال عنهما ، وعن محمد : أنه يقسم إحداهما فى الأخرى ، اه .

(وإن كانت دار وضيعة) أى : أرض (أودار وحانوت — قسم كل واحد على حدته مطلقاً) لاختلاف الجنس .

قال فى الدرر : ههنا أمور ثلاثة : الدور ، والبيوت ، والمنازل ، فالدور — متلازقة كانت أو متفرقة — لا تقسم قسمة واحدة إلا بالتراضى ، والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها فى معنى السكنى ، والمنازل إن كانت مجتمعة فى دار واحدة متلاصقا بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة ، وإلا فلا ، لأن المنزل فوق البيت ودون الدار ، فألحقت المنازل بالبيوت إذا كانت متلاصقة ، وبالدور إذا كانت متباينة ، وقالا فى الفصول كلها : ينظر القاضى إلى أعدل الوجوه ، ويمضى على ذلك ، وأما الدور والضيعة والدور والحانوت ، فيقسم كل منها وحدها ، لاختلاف الجنس ، اه .

وَيَنْبَغِى لِلْقَاسِمِ : أَنْ يُصَوِّرَ مَايَقْسِمُهُ ، وَيُعَدِّلُهُ ، وَيَذْرَعُهُ ، وَيُقَوِّمَ الْبِنَاءَ ، وَيَفْرِزَ كُلَّ نَصِيبٍ عَنِ الْبَاقِي بِطَرِيقِهِ وَشِرْبِهِ حَتى لاَ يَكُونَ لِنَصِيبِ بَعْضِهِمْ بِنَصِيبِ الآخَرِ تَعَلُّقٌ ، ثُمَّ يُلَقِّبَ نَصِيباً بِالأَوَّلِ ، وَالَّذِى يَلِيهِ بِالثَّانِي وَالثَّالِث ، وَعَلَى هٰذَا ، ثُمَّ يُخْرِجَ الْقُرْعَةَ فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ أَوَّلاً فَلَهُ السَّهْمُ الأَوَّلُ ، وَمَنْ خَرَجَ ثَانِياً فَلَهُ السَّهْمُ الثانِي .

ولما فرغ من بيان القسمة ، و بيان ما يقسم ومالا يقسم ، شرع فى بيان كيفية القسمة ، فقال :

(و ينبغى للقاسم أن يصور مايقسمه) على قرطاس؛ ليمكنه حفظه ورفعه للقاضى (ويعدله) يعنى يسويه على سهام القسمة ، ويروى « و يعزله » أى يقطعه بالقسمة عن غيره ، هداية (و يذرعه) ليعرف قدره (ويقوم البناء) لأنه ربما يحتاجه آخراً (و يفرز كل نصيب عن الباقى بطريقه وشربه ، حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب الآخر تعلق) ليتحقق معنى التمييز والإفراز تمام التحقق (ثم يلقب) الأنصباء (نصيبا بالأول، والذى يليه بالثانى، والثالث) بالثالث، (و)الرابع ومابعده (على هذا) المنوال ، ويكتب أسماء المتقاسمين على قطع قرطاس ، أو نحوه ، وتوضع فى كيس أو نحوه ، ويجعلها قرعة (ثم يخرج القرعة) أى قطعة من تلك القطع المكتوب فيها أسماء المتقاسمين (فمن خرج اسمه أولا فله السهم الأول)أى الملقب بالأول (ومن خرج) اسمه (ثانياً فله السهم الثانى) وهلم جرا ، وهذا حيث اتحدت السهام .

ولا يُدْخِل فِي الْقِسْمَةِ الدَّرَاهِمَ والدَّنَانِيرَ إلا بِتراضِيهِمْ .

فلو اختلفت السهام ـ بأن كانت بين ثلاثة مثلا ، لأحدهم عشرة أسهم ، ولآخر خمسة أسهم ، ولآخر سهم ـ جعلها ستة عشر سهماً ، وكتب أسماء الثلاثة ، فإن خرج أولا اسم صاحب العشرة ، أعطاه الأول وتسعة متصلة به ، ليكون سهامه على الاتصال ، وهكذا حتى يتم .

قال فى الهداية : وقوله فى الكتاب « ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه » بيان الأفضل ، وإن لم يفعل أو لم يمكن جاز ، على ما نذكره بتفصيله إن شاء الله تعالى ، والقرعة : لتطييب القلوب وإزالة تهمة الميل ، حتى لو عين لكل منهم من غير اقتراع جاز ، لأنه فى معنى القضاء فملك الإلزام ، اه .

(ولا يدخل) القسام (فى القسمة الدراهم والدنانير) لأن القسمة تجرى فى المشترك ، والمشترك بينهما العقار لا الدراهم والدنانير ، فلو كان بينهما دار وأرادوا قسمها وفى أحد الجانبين فضل بناء ، فأراد أحدهما أن يكون عوض البناء دراهم وأراد الآخر أن يكون عوضه من الأرض فإنه يجعل عوضه من الأرض ، ولا يكلف الذى وقع البناء فى نصيبه أن يرد بإزائه دراهم (إلا بتراضيهم) ، لما فى القسمة من معنى المبادلة ، فيجوز دخول الدراهم فيها بالتراضى دون جبر القاضى ، إلا إذا تعذر فحينئذ للقاضى ذلك .

قال فى الينابيع : قول القدورى « ولا يدخل فى القسمة الدراهم والدنانير » يريد به إذا أمكنت القسمة بدونها ، أما إذا لم تمكن عَدَّلَ أضعف الأنصباء بالدراهم والدنانير ، اه .

قال فى التصحيح : وفى بعض النسخ « ينبغى للقاضى أن لا يدخل فى القسمة الدراهم والدنانير ، فإن فعل جاز ، وتركه أولى » اه .

وَإِنْ قُسِمَ بَيْنَهُمْ وَلِأَحَدِهِمْ مَسِيلٌ فِي مِلْكِ الآخَرِ ، أَوْ طَرِيقٌ لَمْ يُشْتَرَطْ فِي الْقِسْمَةِ : فَإِنْ أَمْكَنَ صَرْفُ الطَّرِيقِ والْمَسِيلِ عَنْهُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَطْرِقَ وَيُسِيلَ فِي نَصِيبِ الآخَرِ ، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ فُسِخَتِ الْقِسْمَةُ .

وَإِنْ كَانَ سُفْلٌ لاَ عُلْوَ لَهُ ، وعُلْوٌ لاَ سُفْلَ لَهُ ، وسُفْلٌ لَهُ عُلْوٌ ، قُوِّمَ كُلُّ واحِدٍ عَلَى حدتهِ ، وقُسِمَ بالْقِيمَةِ ، ولا مُعْتَبَرَ بِغَيْرِ ذٰلِكَ ،

(فإن قسم بينهم ولأحدهم مسيل) ماء (فى ملك الآخر ، أو طريق) أو نحوه ، والحال أنه (لم يشترط) ذلك (فى القسمة ، فإن أمكن صرف) ذلك (الطريق والمسيل عنه ، فليس له أن يستطرق ويسيل فى نصيب) الشريك (الآخر) ؛ لأنه أمكن تحقيق القسمة من غير ضرر (وإن لم يمكن) ذلك (فسخت القسمة) لأنها مختلة ؛ لبقاء الاختلاط ، فتستأنف .

(وإذا كان) الذى يراد قسمته بَعْضُه (سفل لا علو له) أى: ليس فوقه علو، أو فوقه علو للغير (و) بعضه (علو لا سفل له) بأن كان السفل للغير ، (و)بعضه (سفل له علو ؛ قوم كل واحد على حدته ، وقسم بالقيمة ، ولا معتبر بغير ذلك) وهذا عند محمد ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : يقسم بالذَّرْعِ ، ثم اختلفا فى كيفية القسمة بالذرع ، قال أبو حنيفة : ذراع من السفل بذراعين من العلو ، وقال أبو يوسف : ذراع بذراع ، ثم قيل : كل منهما على عادة أهل عصره ، أو بلده ، وقيل : اختلاف معنى ، قال الإسبيجابى : والصحيح قول أبى حنيفة .

وَإِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَقَاسِمُونَ فَشَهِدَ الْقَاسِمَانِ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا .
فَإِنِ ادَّعَى أَحَدُهُمَا الْغَلَطَ ، وَزَعَمَ أَنَّ مِمَّا أَصَابَهُ شَيْئًا فِي يَدِ صَاحِبِهِ ، وَقَدْ أَشْهَدَ عَلَى نَفْسِهِ بِالِاسْتِيفَاءِ ، لَمْ يُصَدَّقْ عَلَى ذَلِكَ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ .

قلت : هذا الصحيح بالنسبة إلى قول أبى يوسف ، والمشايخ اختاروا قول محمد ، بل قال فى التحفة والبدائع : والعمل فى هذه المسألة على قول محمد ، وقال فى الينابيع والهداية وشرح الزاهدى والمحيط : وعليه الفتوى اليوم ، كذا فى التصحيح .

(وإذا اختلف المتقاسمون) فى القسمة (فشهد القاسمان ، قبلت شهادتهما) قال فى الهداية : الذى ذكره قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد : لا تقبل ، وهو قول أبى يوسف أولا ، وبه قال الشافعى ، وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما ، وقاسم القاضى وغيره سواء ، وقال جمال الإسلام : الصحيح قول أبى حنيفة ، وعليه مشى البرهانى والنسفى ، وغيرهما ، تصحيح .

(فإن ادعى أحدهما) أى المتقاسمين (الغلط) فى القسمة (وزعم أن مما أصابه شيئا فى يد صاحبه ، وقد) كان (أشهد على نفسه بالاستيفاء ، لم يصدق على ذلك) الذى يدعيه (إلا ببينة) ، لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها ، فلا يصدق إلا بحجة ، فإن لم تقم له بينة استحلف الشركاء ، فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعى ، فيقسم بينهما على قدر أنصبائهما ، لأن النكول حجة فى حقه خاصة ، فيعاملان على زعمهما ؛ وينبغى أن لا تقبل دعواه أصلا ؛ لتناقضه ، وإليه أشار من بعد ، هداية ، ومثله فى كافى النسفى ، وظاهر كلامهما أنه لم يوجد فيه رواية ، لكن قال صدر الشريعة بعد نقله البحث المذكور : وفى المبسوط وفتاوى

قاضيخان ما يؤيد هذا . ثم قال : وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم فى إقراره باستيفاء حقه ، ثم لما تأمل حَقّ التأمل ظهر الخطأ فى فعله ، فلا يؤاخذ بذلك الإقرار عند ظهور الحق ، اه .

وقول الهداية « وإليه أشار من بعد » أى : أشار القدورى إلى ما بحثه من أنه ينبغى أن لا تقبل دعواه أصلافى الفرع الآتى بعدهذا حيث قال : « وإن قال أصابنى إلى موضع كذا فلم تسلمه لى ، ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء ، وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة » فإن مفهومه أنه لو شهد على نفسه بالاستيفاء قبل الدعوى لا يتحالفان ، وما ذاك إلا لعدم صحة الدعوى ؛ لأن التحالف مبنىّ على صحة الدعوى ، ولذا قال فى الحواشى السعدية — بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة المار ـ ما نصه : وفيه بحث ، فإن مثل هذا الإقرار إن كان مانعاً من صحة الدعوى لا تسمع البينة ، لابتناء سماعها على صحة الدعوى ، وإن لم يكن مانعاً ينبغى أن يتحالفا ، اه .

قال شيخنا رحمه الله تعالى : وقد يجاب بأن قولهم هنا « قد أقر بالاستيفاء » صريح ، وقولهم بعد : « قبل إقراره » مفهوم ، والمصرح به أن الصريح مقدم على المفهوم ، فليتأمل ، اه . وأمره بالتأمل مشعر بنظره فيه ، وهو كذلك كما لا يخفى على نبيه .

وإذا أمعنت النظر فى كلامهم ، وتحققت فى دقيق مرامهم ـ علمت أن ليس فى هذا الفرع منافاة لما بعده ، والتقييد فيه بكونه قبل الإقرار قيد لوجوب التحالف وحده ، لا لصحة الدعوى ، فإنها تصح سواء كانت قبل الإقرار أو بعده .

والمعنى : أنه إن سبق منه إقرار بالاستيفاء لا يتحالفان وإن صحت الدعوى ،

وإنْ قَالَ « اسْتَوفَيْتُ حَقِّي » ثُمَّ قَالَ « أَخَذْتُ بَعْضَهُ » فَالْقَوْلُ قَوْلُ خَصْمِهِ مَعَ يَمِينِهِ.

وإنْ قَالَ « أَصَابَنِي إلى مَوْضِعِ كَذَا فَلَمْ تُسَلِّمْهُ إلَيَّ » وَلَمْ يُشْهِدْ عَلَى نَفْسِهِ بالاسْتِيفَاءِ ، وَكَذَّبَهُ شَرِيكُهُ تَحَالَفَا ، وفسختِ القِسْمَةُ ؛

وذلك لأن صحة الدعوى شرط لوجوب التحالف ، وليس التحالف بشرط لصحة الدعوى كما هو مصرح به فى باب التحالف .

ومن أراد استيفاء المرام فى هذا المقام ، فعليه برسالتنا فقد أشبعنا فيها الكلام .

(وإذا قال : استوفيت حقى ، ثم قال : أخذت بعضه ، فالقول قول خصمه مع يمينه) ؛ لأنه يدعى عليه الغصب ، وهو منكر .

(وإن قال : أصابنى) فى القسمة (إلى موضع كذا ، فلم تسلمه إلى ، ولم يشهد) قبل ذلك (على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه) فى دعواه (تحالفا وفسخت القسمة) ، لاختلافهما فى نفس القسمة ، فإنهما قد اختلفا فى قدر ما حصل بالقسمة ، فأشبه الاختلاف فى قدر المبيع ، فوجب التحالف ، كذا فى شرح الإسبيجابى ، قيد بكونه لم يشهد على نفسه بالاستيفاء لأنه لو سبق منه ذلك لا يتحالفان ، وإن صحت الدعوى ، بل بينته أو يمين خصمه .

فإن قلت : إذا كانت الدعوى صحيحة ، سواء كانت قبل الإشهاد أو بعده ، فما وجه وجوب التحالف إذا كانت الدعوى قبل الإشهاد ، وعدمه إذا كانت بعده ؟ .

قلت : لأن وجوب التحالف فى القسمة إنما يكون إذا ادعى الغلط على وجه لا يكون مدعيا الغصب ، كما فى الذخيرة وغيرها ، وإذا كانت الدعوى بعد الإشهاد بالاستيفاء يكون مدعيا الغصب ضمناً ، كأنه يقول : الذى أصابنى إلى موضع كذا

وَإِنِ اسْتُحِقَّ بَعْضُ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ لَمْ تُفْسَخِ القِسْمَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ورَجَعَ بِحِصَّةِ ذٰلِكَ مِنْ نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : تُفْسَخُ القِسْمَةُ .

وأنت غاصب لبعضه ، ولذا ساغت منه الدعوى بعد الإشهاد ؛ لأن دعوى الغصب لا تناقض الإقرار بالاستيفاء .

(وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ، لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة ، ورجع بحصة ذلك) المستحق (من نصيب شريكه) لأنه أمكن جَبْرُ حقه بالمثل ، فلا يصار إلى الفسخ (وقال أبو يوسف : تفسخ القسمة) ؛ لأنه تبين أن لهما شريكا ثالثا ، ولو كان كذلك لم تصح القسمة . قال في الهداية وشرح الزاهدي : ذكر المصنف الاختلاف في استحقاق بعض بعينه ، وهكذا ذكر في الأسرار ، والصحيح أن الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما . فأما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالإجماع ، ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق ، فهذه ثلاثة أوجه ، ولم يذكر قول محمد ، وذكره أبو سليمان مع أبي يوسف ، وأبو حفص مع أبي حنيفة ، وهو الأصح ، وهكذا ذكره الإسبيجابي ، قال : والصحيح قولهما ، وعليه مشى الإمام المحبوبي ، والنسفي ، وغيرهما ، كذا في التصحيح .

تتمة — المهايأة جائزة استحساناً ، ولا تبطل بموتهما ، ولا بموت أحدهما ، ولو طلب أحدهما القسمة بطلت ، ويجوز في دار واحدة : بأن يسكن كل منهما طائفة أو أحدهما العلو والآخر السفل ، وله إجارته وأخذ غلته ، ويجوز في عبد واحد : يخدم هذا يوما ، وهذا يوما ، وكذا في البيت الصغير ، وفي العبدين يخدم كل واحد واحداً ، فإن شرطا طعام العبد على من يخدمه جاز ، وفي الكسوة لا يجوز ، ولا

كتاب الإكراه

الإِكْرَاهُ يَثْبُتُ حُكْمُهُ إِذَا حَصَلَ مِمَّنْ يَقْدِرُ عَلَى إِيقَاعِ مَا تَوَعَّدَ بِهِ، سُلْطَانًا كَانَ أَوْ لِصًّا .

يجوز فى غلة عبد ولا عبدين ، ولا فى ثمرة الشجرة ، ولا فى لبن الغنم وأولادها ، ولا فى ركوب دابة ولا دابتين ولا استغلالها ، ويجوز فى عبد ودار على السكنى والخدمة ، وكذلك كل مختلفى المنفعة ، كذا فى المختار .

كتاب الإكراه

مناسبته للقسمة أن للقاضى إجبار الممتنع فيهما .

وهو لغة : حمل الإنسان على أمرٍ يكرهه ، وشرعا : حمل الغير على فعل بما يعدم رضاه دون اختياره ، لكنه قد يفسده ، وقد لا يفسده .

قال فى التنقيح : وهو إما ملجئٌ : بأن يكون بفَوْتِ النفس أو العضو ، وهذا معدم للرضا مفسد للاختيار ، وإما غير ملجىء : بأن يكون بحبس أو قيد أو ضرب ، وهذا معدم للرضا غير مفسد للاختيار .

والحاصل كما فى الدرر : أن عدم الرضا معتبر فى جميع صُوَرَ الإكراه ، وأصل الاختيار ثابت فى جميع صوره ، ولكن فى بعض الصور يفسد الاختيار ، وفى بعضها لا يفسده .

وشرطه : قدرة المكرِهِ على إيقاع ماهَدَّدَ به ، وخوف المكره ، وامتناعه عنه قبله كما أشار إليه بقوله (الإكراه يثبت حكمه) أى الآتى (إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ماتوعد به سلطانا كان أو لصا) أو نحوه ، إذا تحقق منه القدرة ، لأنه إذا كان بهذه الصفة لم يقدر المُكْرَهُ على الامتناع ، وهذا عندهما ، وعند أبى حنيفة لا يتحقق

وَإِذَا أُكرِهَ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ مَالِهِ ، أَوْ عَلَى شِرَاءِ سِلْعَةٍ ، أَوْ عَلَى أَنْ يُقِرَّ لِرَجُلٍ بِأَلْفٍ ، أَوْ يُؤَاجِرَ دَارَهُ ـ وَأُكْرِهَ عَلَى ذَلِكَ بِالْقَتْلِ أَوْ بِالضَّرْبِ الشَّدِيدِ ، أَوْ بِالْحَبْسِ الْمَدِيدِ ـ فَبَاعَ أَوِ اشْتَرَى ، فَهُوَ بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ أَمْضَى الْبَيْعَ ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَهُ .

وَإِنْ كَانَ قَبَضَ الثَّمَنَ طَوْعًا فَقَدْ أَجَازَ الْبَيْعَ

إلا من السلطان ؛ لأن القدرة [بهذه الصفة] لا تكون بلا منعة ، والمنعة للسلطان ؛ قالوا : هذا اختلاف عصر وزمان ، لا اختلاف حجة وبرهان ؛ لأن فى زمانه لم يكن لغير السلطان من القوة ما يتحقق به الإكراه ، فأجاب بناء على ماشاهد ، وفى زمانهما ظهر الفساد وصار الأمر إلى كل متغلب ، فيتحق الإكراه من الكل ، والفتوى على قولهما ، درر عن الخلاصة .

(وإذا أكره الرجل على بيع ماله ، أو) أكره (على شراء سلعة ، أو على أن يقر لرجل بألف) من الدراهم مثلا (أو يؤاجر داره ، وأكره على ذلك بالقتل ، أو بالضرب الشديد ، أو بالحبس المديد ، فباع أو اشترى) خشية من ذلك (فهو بالخيار : إن شاء أمضى البيع ، وإن شاء فسخه) ورجع بالمبيع ؛ لأن من شرط صحة هذه العقود التراضى ، والإكراه يعدم الرضا فيفسدها ، بخلاف ما إذا أكره بضرب سَوْطٍ ، أو حبس يوم ، أو قيد يوم ؛ لأنه لا يبالى به بالنظر إلى العادة ، فلا يتحقق به الإكراه ، إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستضر به لفوات الرضا ، هداية .

(وإن كان قبض الثمن طوعاً فقد أجاز البيع) ، لأنه دلالة الإجازة كما فى

وَإِنْ كَانَ قَبَضَهُ مُكْرَهًا فَلَيْسَ بِإِجَازَةٍ ، وَعَلَيْهِ رَدُّهُ إِنْ كَانَ قَائِمًا فِي يَدِهِ ، وَإِنْ هَلَكَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَهُوَ غَيْرُ مُكْرَهٍ ضَمِنَ قِيمَتَهُ .

وَلِلْمُكْرَهِ أَنْ يُضَمِّنَ الْمُكْرِهَ إِنْ شَاءَ .

البيع الموقوف ، وكما إذا سلم طائعاً بأن كان الإكراه على البيع ، لا على الدفع ؛ لأنه دليل الإجازة [1] ، هداية .

(وإن كان قبضه مكرها فليس بإجازة) لعدم الرضا (وعليه رده إن كان قائماً فى يده) لفساد العقد (وإن) كان قد (هلك المبيع فى يد المشترى ، وهو) أى المشترى (غير مكره) والبائع مكره (ضمن) المشترى (قيمته) للبائع ؛ لتلف مال الغير فى يده من غير عقد صحيح ، فتلزمه القيمة .

قيد بكون المشترى غير مكره لأنه إذا كان مكرهاً أيضاً يكون الضمان على المكره دونه .

(وللمكره) بالبناء المجهول (أن يضمن المكره) بالبناء للمعلوم (إن شاء) لأنه آلة للإكراه فيما يرجع للاتلاف ، فكأنه دفعه بنفسه إلى المشترى ، فيكون مخيرا فى تضمين أيهما شاء ، كالغاصب وغاصب الغاصب ، فلو ضمن المكره رجع على المشترى بالقيمة ، وإن ضمن المشترى نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود ؛ لأنه تملكه بالضمان ، فظهر أنه باع ملكه ، ولا ينفذ ما كان قبله ؛ لأن الاستناد إلى وقت قبضه ، بخلاف ما إذا أجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده ؛ لأنه أسقط حقه وهو المانع ، فعاد الكل إلى الجواز ، هداية .

---

(١) الضمير فى « لأنه » يعود إلى التسليم مع الطواعية .

وَمَنْ أُكْرِهَ عَلَى أَنْ يَأْكُلَ الْمَيْتَةَ أَوْ يَشْرَبَ الْخَمْرَ - وَأُكْرِهَ عَلَى ذَلِكَ بِحَبْسٍ ، أَوْ ضَرْبٍ ، أَوْ قَيْدٍ - لَمْ يَحِلَّ لَهُ ، إِلاَّ أَنْ يُكْرَهَ بِمَا يَخَافُ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ ، أَوْ عَلَى عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهِ ،فَإِذَا خَافَ ذَلِكَ وَسِعَهُ أَنْ يُقْدِمَ عَلَى مَا أُكْرِهَ عَلَيْهِ ، وَلاَ يَسَعُهُ أَنْ يَصْبِرَ عَلَى مَا تُوعِّدَ بِهِ ، فَإِنْ صَبَرَ حَتَّى أَوْقَعُوا بِهِ وَلَمْ يَأْكُلْ فَهُوَ آثِمٌ .

وإِنْ أُكْرِهَ عَلَى الْكُفْرِ بِاللهِ عَزَّ وَجَلَّ ، أَوْ سَبِّ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ : بِقَيْدٍ ، أَوْ حَبْسٍ ، أَوْ ضَرْبٍ ، لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِكْرَاهًا

(ومن أكره على أن يأكل الميتة) أو الدم ، أو لحم الخنزير (أو يشرب الخمر ، وأكره على ذلك) بغير ملجىء : بأن كان (بحبس أو قيد أو ضرب) لا يخاف منه تلف على النفس أو عضو من الأعضاء (لم يحل له) الإقدام ؛ إذ لاضرورة فى إكراه غيرملجىء ، إلا أنه لايحد بالشرب للشبهة ، ولا يحل له الإقدام (إلا أن يكره) بملجىء : أى (بما يخاف منه على) تلف (نفسه أو على) تلف (عضو من أعضائه ، فإذا خاف ذلك وسعهُ أن يقدم على ما أكره عليه) بل يجب عليه ؛ ولذا قال (ولا يسعه) أى لا يجوز له (أن يصبر على ما توعد به) حتى يوقعوا به الفعل (فإن صبر حتى أوقعوا به) فعلا (ولم يأكل فهو آثم) ؛ لأنه لما أبيح له ذلك كان بالامتناع معاوناً لغيره على إهلاك نفسه ، فيأثم كما فى حالة المخمصة .

(وإن أكره على الكفر بالله) عز وجل (أو سب النبى صلى الله عليه وسلم بقيد أو حبس أو ضرب لم يكن ذلك إكراهاً) لأن الإكراه بهذه

حَتَّى يُكْرَهَ بِأَمْرٍ يَخَافُ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ ، أَوْ عَلَى عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهِ ، فَإِذَا خَافَ ذَلِكَ وَسِعَهُ أَنْ يُظْهِرَ مَا أَمَرُوهُ بِهِ ، وَيُوَرِّيَ ، فَإِذَا أَظْهَرَ ذَلِكَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ صَبَرَ حَتَّى قُتِلَ وَلَمْ يُظْهِرِ الْكُفْرَ كَانَ مَأْجُوراً

وإِنْ أُكْرِهَ عَلَى إِتْلَافِ مَالِ مُسْلِمٍ بِأَمْرٍ يَخَافُ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ ، أَوْ عَلَى عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهِ وَسِعَهُ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ، وَلِصَاحِبِ الْمَالِ أَنْ يُضَمِّنَ الْمُكْرِهَ.

لأشياء ليس بإكراه فى شرب الخمر كما مر ، ففى الكفر أولى ، بل (حتى يكره بأمر يخاف منه على نفسه ، أو على عضو من أعضائه ، فإذا خاف ذلك وسعه أن يظهر) على لسانه (ما أمروه به ، ويورى) وهى أن يظهر خلاف ما يضمر (فإذا أظهر ذلك) على لسانه (وقلبه مطمئن بالإيمان ، فلا إثم عليه) ؛ لأنه بإظهار ذلك لا يفوت الإيمان حقيقة لقيام التصديق ، وفى الامتناع فوت النفس حقيقة، فيسعه الميل إلى إظهار ما طلبوه (وإن صبر) على ذلك (حتى قتلوه ولم يظهر الكفر كان مأجوراً) لأن الامتناع لإعزاز الدين عزيمة .

(وإن أكره على إتلاف مال) امرىء (مسلم بأمر يخاف منه على نفسه ، أو على عضو من أعضائه ، وسعه أن يفعل ذلك) ، لأن مال الغير يستباح للضرورة ، كما فى حالة المخمصة ، وقد تحققت الضرورة (ولصاحب المال أن يضمن المكره) بالكسر ، لأن المكره بالفتح كالآلة .

وَإِنْ أُكْرِهَ بِقَتْلٍ عَلَى قَتْلِ غَيْرِهِ لَمْ يَسَعْهُ أَنْ يُقْدِمَ عَلَيْهِ ، وَيَصْبِرُ حَتَّى يُقْتَلَ ، فَإِنْ قَتَلَهُ كَانَ آثِماً ، وَالْقِصَاصُ عَلَى الَّذِى أَكْرَهَهُ إِنْ كَانَ الْقَتْلُ عَمْدًا .

وَإِنْ أُكْرِهَهُ عَلَى طَلَاقِ امْرَأَتِهِ ، أَوْ عِتْقِ عَبْدِهِ فَفَعَلَ ، وَقَعَ مَا أُكْرِهَ عَلَيْهِ ، وَيَرْجِعُ عَلَى الَّذِى أَكْرَهَهُ بِقِيمَةِ الْعَبْدِ ،

(وإن أكره بقتل على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه ، ويصبر حتى يقتل ، فإن قتله كان آثما) ؛ لأن قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة ، هداية (و) لكن (القصاص على الذى أكرهه إن كان القتل عمدا) قال فى الهداية : وهذا عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال زفر : يجب على المكره ، وقال أبو يوسف : لا يجب عليهما

قال الإسبيجابى : والصحيح قول أبى حنيفة ، ومشى عليه الأئمة كما هو الرسم ، تصحيح .

(وإن أكرهه على طلاق امرأته) أو نكاح امرأة (أو عتق عبده ففعل وقع ما أكره عليه) لأنها تصح مع الإكراه كما تصح مع الهزل ، كما مر فى الطلاق (ويرجع) المكره (على الذى أكرهه بقيمة العبد) فى الإعتاق ؛ لأنه صلح آلة له فيه من حيث الإتلاف ، فيضاف إليه [1] فله أن يضمنه موسراً كان أو معسراً لكونه ضمان إتلاف كما مر ، ولا يرجع الحامل على العبد بالضمان ، لأنه مؤاخذ بإتلافه ، درر .

---

(١) فى نسخة « فلا يضاف إليه » ومن الممكن تصحيح كلتا النسختين ، فتأمل .

وَبِنِصْفِ مَهْرِ الْمَرْأَةِ إِنْ كَانَ الطَّلاَقُ قَبْلَ الدُّخُولِ .

وَإِنْ أُكْرِهَهُ عَلَى الزِّنَا وَجَبَ عَلَيْهِ الحَدُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، إلاَّ أَنْ يُكْرِهَهُ السُّلْطَانُ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : لاَ يَلْزَمُهُ الحَدُّ .

(وبنصف مهر المرأة) فى الطلاق (إن كان) الطلاق (قبل الدخول) وكان المهر مسمى فى العقد ؛ لأن ماعليه كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتها ، وقد تأكد ذلك بالطلاق ، فكان تقريراً للمال من هذا الوجه ، فيضاف تقريره إلى الحامل والتقرير كالإيجاب ، درر . قيد بما إذا كان قبل الدخول لأنه لو كان دخل بها تقرر المهر بالدخول لا بالطلاق وقيدنا بكون المهر مسمى فى العقد لأنه لو لم يكن مسمى فيه إنما يرجع بما لزمه من المتعة ، ولا يرجع فى النكاح بشىء ، لأن المهر إن كان مهر المثل أو أقل كان العوض مثل ما أخرجه عن ملكه أو أكثر ، وإن كان أكثر من مهر المثل فالزيادة باطلة ، ويجب مقدار مهر المثل ، ويصير كأنهما سميا ذلك المقدار ، حتى إنه يتنصف بالطلاق قبل الدخول، جوهرة . وفيها عن الخجندى: الإكراه لا يعمل فى الطلاق ، والعتاق ، والنكاح ، والرجعة ، والتدبير ، والعفو عن دم العمد ، واليمين ، والنذر ، والظهار ، والإيلاء ، والفىء فيه ، والإسلام ، اه .

(وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبى حنيفة ، إلا أن يكرهه السلطان) لأن الإكراه عنده لا يتحقق من غيره (وقال أبو يوسف ومحمد: لا يلزمه الحد) ؛ لأن الإكراه يتحقق من غيره ، وعليه الفتوى ، قال قاضيخان : الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان فى قول الإمام ، وفى قول صاحبيه يتحقق من كل متغلب يَقْدِر على تحقيق ماهَدَّدَ به ، وعليه الفتوى ، وفى الحقائق: والفتوى على قولهما ، وعليه مشى الإمام البرهانى والنسفى وغيرهما ، تصحيح .

وَإِذَا أُكْرِهَ عَلَى الرِّدَّةِ لَمْ تَبِنِ امْرَأَتُهُ مِنْهُ .

كتاب السير

الْجِهَادُ فَرْضٌ عَلَى الْكِفَايَةِ ، إِذَا قَامَ بِهِ

(و إذا أكره) الرجل (على الردة لم تبن امرأته منه) ؛ لأن الردة تتعلق بالاعتقاد ، ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالإيمان لا يكفر ، وفى اعتقاده الكفر شك ، فلا تثبت البينونة بالشك ، فإن قالت المرأة « قد بنت منك » وقال هو « قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان » فالقول قوله استحساناً ؛ لأن اللفظ غير موضوع للفرقة ، وهى بتبدل الاعتقاد ، ومع الإكراه لا يدل على التبدل ؛ فكان القول قوله ، هداية .

كتاب السير

مناسبته للإكراه لا تخفى ؛ فإن كلا منهما للزجر والردّ إلى الوفاء ، إلا أن الأول فى المسلمين والكفار عام ، بخلاف الثانى ، فكان أولى بالاهتمام ، والأول زاجر عن العصيان ، والثانى عن الكفر والطغيان ، فترقى من الأدنى إلى الأعلى كما فى غاية البيان .

والسير ـ بكسر السين وفتح الياء ـ جمع سيرة ، وهى : الطريقة فى الأمور ، وفى الشرع يختص بسير النبى صلى الله عليه وسلم فى مغازيه ، هداية . وترجم له الكثير بالجهاد ، وهو لغة : مصدر جاهد فى سبيل الله ، وشرعا : الدعاء إلى الدين الحق وقتال مَنْ لم يقبله ، كما فى الشمنى .

(الجهاد فرض على الكفاية) ، لأنه لم يفرض لعينه ، إذ هو إفساد فى نفسه ، (و إنما فرض لإعزاز دين الله ودفع الفساد عن العباد ، و كل ما هو كذلك فهو فرض كفاية إذا حصل المقصود بالبعض ، و إلا ففرض عين ، كما صرح بذلك حيث قال : (إذا قامَ به)

فَرِيقٌ مِنَ النَّاسِ سَقَطَ عَنِ الْبَاقِينَ ، وَإِنْ لَمْ يَقُمْ بِهِ أَحَدٌ أَثِمَ جَمِيعُ النَّاسِ بِتَرْكِهِ .

وَقِتَالُ الْكُفَّارِ وَاجِبٌ وَإِنْ لَمْ يَبْدَءُونَا ، وَلاَ يَجِبُ الْجِهَادُ عَلَى صَبِيٍّ ، وَلاَ عَبْدٍ ، وَلاَ امْرَأَةٍ ، وَلاَ أَعْمَى ، وَلا مُقْعَدٍ ، وَلا أَقْطَعَ .

وَإِنْ هَجَمَ الْعَدُوُّ عَلَى بَلَدٍ وَجَبَ عَلَى جَمِيعِ الْمُسْلِمِينَ الدَّفْعُ : تَخْرُجُ الْمَرْأَةُ بِغَيْرِ إِذْنِ زَوْجِهَا ، وَالْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَى .

وَإِذَا دَخَلَ الْمُسْلِمُونَ دَارَ حَرْبٍ فَحَاصَرُوا مَدِينَةً أَوْ حِصْنًا دَعَوْهُمْ إِلَى الْإِسْلاَمِ ، فَإِنْ أَجَابُوهُمْ كَفُّوا عَنْ قِتَالِهِمْ ،

فريق من الناس سقط) الإثم (عَنِ الباقين) ؛ لحصول المقصود بذلك كصلاة الجنازة ودفنها وردّ السلام ، فإن كل واحد منها إذا حصل من بعض الجماعة يسقط الفرض عن الباقين ، وهذا إذا كان بذلك الفريق كفاية ، أما إذا لم يكن بهم كفاية فرض على الأقرب فالأقرب من العدو إلى أن تحصل الكفاية (وإن لم يقم به أحد أثم جميع الناس بتركه) لتركهم فرضا عليهم .

(وقتال الكفار واجب وإن لم يبدءونا) للنصوص العامة (ولا يجب الجهاد على صبي) لعدم التكليف (ولا عبد ، ولا امرأة) لتقدم حق المولى والزوج (ولا أعمى ، ولا مقعد ، ولا أقطع) ؛ لأنهم عاجزون ، والتكليف بالقدرة .

(فإن هجم العدو على بلد وجب على جميع المسلمين الدفع) حتى (تخرج المرأة بغير إذن زوجها ، والعبد بغير إذن المولى) لأنه صار فرض عين كالصلاة والصوم ، وفرض العين مقدم على حق الزوج والمولى .

(وإذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة أو حصناً دعوهم) أولا (إلى الإسلام ، فإن أجابوهم) إلى ذلك (كفوا عن قتالهم) لحصول المقصود ، وقد

وَإِنِ امْتَنَعُوا دَعَوْهُمْ إِلَى أَدَاءِ الْجِزْيَةِ ، فَإِنْ بَذَلُوهَا فَلَهُمْ مَا لِلْمُسْلِمِينَ وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَيْهِمْ .

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُقَاتِلَ مَنْ لَمْ تَبْلُغْهُ دَعْوَةُ الْإِسْلَامِ ، إِلَّا بَعْدَ أَنْ يَدْعُوَهُمْ ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَدْعُوَ مَنْ بَلَغَتْهُ الدَّعْوَةُ ، وَلَا يَجِبُ ذَلِكَ ، وَإِنْ أَبَوْا اسْتَعَانُوا بِاللهِ تَعَالَى عَلَيْهِمْ وَحَارَبُوهُمْ

قال صلى الله عليه وسلم : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إلٰهَ إلا الله » الحديث (وإن امتنعوا) عن الإسلام (دعوهم إلى أداء الجزية) إذا كانوا ممن تقبل منهم الجزية ، بخلاف مَنْ لاتقبل منهم كالمرتدين وعَبَدَة الأوثان من العرب، فإنه لافائدة فى دعائهم إلى قبول الجزية ، لأنه لايقبل منهم إلا الإسلام ، قال الله تعالى « تقاتلونهم أو يسلمون » ، هداية (فإن بذلوها) أى قبلوا بذلها كانوا ذِمة للمسلمين (فلهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم) لأنهم إنما بذلوها لذلك .

(ولا يجوز) للامام (أن يقاتل) أحداً من (من لم تبلغه دعوة الإسلام إلا بعد أن يدعوهم) إليه ، لأنهم بالدعوة إليه يعلمون أنا نقاتلهم على الدين ، لاعلى سَلْبِ الأموال وسَبْيِ الذرارى، فلعلهم يجيبون، فنكفى مؤنة القتال، ولوقاتلهم قبل الدعوة أثم للنهى، ولاغرامة لعدم العاصم وهو الدين أوالإحراز بالدار فصار كقتل الصبيان والنسوان ، هداية (ويستحب أن يدعو من بلغته الدعوة) أيضاً ، مبالغة فى الإنذار (و) لكن (لايجب ذلك) عليه، لأن الدعوة قد بلغتهم وقدصح أن النبى صلى الله عليه وسلم أغار على بنى المصطلق وهم غَارُّونَ - أى غافلون - ونعمهم تسقى على الماء، جوهرة (وإن أبوا) أى امتنعوا عن الإسلام و بذل الجزية (استعانوا بالله تعالى عليهم وحاربوهم)،

وَنَصَبُوا عَلَيْهِمُ المَجَانِيقَ ، وَحَرَّقُوهُمْ ، وَأَرْسَلُوا عَلَيْهِمُ المَاءَ ، وَقَطَعُوا أَشْجَارَهُمْ وَأَفْسَدُوا زُرُوعَهُمْ ، وَلاَ بَأْسَ بِرَمْيِهِمْ وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مُسْلِمٌ أَسِيرٌ أَوْ تَاجِرٌ .

لأنه تعالى هو الناصر لأوليائه والمدمِّرُ لأعدائه (ونصبوا عليهم المجانيق) جمع منجنيق ، قال فى الصحاح : وهى التى يرمى بها الحجارة ، معربة ، وأصلها بالفارسية سنجى نيك : أى ما أجودنى ! وهى مؤنثة ، وجمعها منجنيقات ومجانيق ، وتصغيره مجينيق [1] ، اهـ . وقد نصبها النبى صلى الله عليه وسلم على الطائف (وحرقوهم) لأنه عليه الصلاة والسلام أحرق البويرة ، وهى موضع بقرب المدينة (وأرسلوا عليهم الماء ، وقطعوا شجرهم ، وأفسدوا زروعهم) لأن فى ذلك كسر شوكتهم وتفريق جمعهم .

(ولا بأس برميهم وإن كان فيهم مسلم أسير أو تاجر) ؛ لأنه قل

---

(١) قال الجواليقى فى المعرب : « اختلف أهل العربية فى المنجنيق ، فقال قوم : الميم زائدة وقال آخرون : بل هى أصلية . وأخبرنا ابن بندار عن ابن رزمة عن أبى سعيد عن ابن دريد قال : أخبرنا أبو حاتم عن أبى عبيدة ، قال : سألت أعرابياً عن حروب كانت بينهم ، فقال كانت بيننا حروب عون ، تفقأ فيها العيون ، مرة نجنق ، وأخرى نرشق . فقوله « نجنق » دال على أن الميم زائدة ، ولو كانت أصلية لقال « نمجنق » . وكان المازنى يقول : الميم من نفس الكلمة والنون زائدة ، لقولهم « مجانيق » . فسقوط النون فى الجمع كسقوط الياء فى « عيضموز » إذا قلت « عضاميز » . ويقال : «منجنيق» و «منجنيق» بفتح الميم وكسرها وقيل : الميم والنون فى أوله أصليتان ، وقيل : الميم أصلية والنون زائدة ، وهو أعجمى معرب وحكى الفراء « منجنوق » بالواو ، وحكى غيره « منجليق » وقد جنق المنجنيق ، ويقال « جنق » [بالتضعيف] ، وقال جرير :

يلقى الزلازل أقوام دلفت لهم ... بالمنجنيق وصبا بالملاطيس اهـ

وَإِنْ تَتَرَّسُوا بِصِبْيَانِ الْمُسْلِمِينَ أَوْ بِالْأَسَارَى لَمْ يَكُفُّوا عَنْ رَمْيِهِمْ وَيَقْصِدُونَ بِالرَّمْيِ الْكُفَّارَ .

وَلَا بَأْسَ بِإِخْرَاجِ النِّسَاءِ وَالْمَصَاحِفِ مَعَ الْمُسْلِمِينَ إِذَا كَانَ عَسْكَرًا عَظِيماً يُؤْمَنُ عَلَيْهِ ، وَيُكْرَهُ إِخْرَاجُ ذَلِكَ فِي سَرِيَّةٍ لَا يُؤْمَنُ عَلَيْهَا .

مايخلو حصن عن مسلم ؛ فلو امتنع باعتباره لانسدّ بابه (و إن تترسوا بصبيان المسلمين أو بالأسارى لم يكفوا عن رميهم) ؛ لأنه يؤدى إلى أن يتخذوا ذلك ذريعة إلى إبطال قتالهم أصلا (و) لكن (يقصدون بالرمى الكفار) لأن المسلم لايجوز اعتماد قتله ؛ فإذا تعذر التمييز فعلا وأمكن قصداً التزم ؛ لأن الطاعة بحسب الطاقة ، وماأصابوه منهم لادية عليهم ولا كفارة ؛ لأن الجهادفرض ، والغرامات لاتقترن بالفروض كما فى الهداية .

(ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف) وكتب الفقه والحديث ، وكل مايجب تعظيمه ، ويحرم الاستخفاف به (مع المسلمين إذا كان عسكراً عظيما يؤمن عليه) ؛ لأن الغالب هو السلامة ، والغالب كالمتحقق (ويكره إخراج ذلك فى سرية لا يؤمن عليها) ؛ لأن فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة ، وتعريض المصاحف على الاستخفاف ؛ لأنهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين ، وهو التأويل الصحيح لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لاتسافروا بالقرآن فى أرض العدو » ، ولودخل مسلم إليهم بأمان لابأس بأن يحمل معه المصحف إذا كانوا قوماً يُوفُونَ بالعهد ، لأن الظاهر عدم التعرض ، والعجائز يخرجن فى العسكر العظيم لإقامة عمل يليق بهن ، كالطبخ ، والسقى ، والمداواة . وأما الشوابُّ فمقامهن فى البيوت أدفع للفتنة ، ولا يباشرن القتال ، لأنه يستدل به على ضعف المسلمين ،

وَلا تُقَاتِلُ الْمَرْأَةُ إلاَّ بِإِذْنِ زَوْجِهَا ، ولاَ الْعَبْدُ إلاَّ بإِذْنِ سَيِّدِهِ ، إلاَّ أَنْ يَهْجُمَ الْعدُوُّ .

وَيَنْبغي لِلْمُسْلِمِينَ أَنْ لاَ يَغْدِرُوا ، ولاَ يَغُلُّوا ، ولا يُمثِّلوا ، ولا يَقتُلوا امْرَأَةً أَوْ شَيْخًا فَانِيا ولاَ صَبِيًّا ولاَ أَعْمَى ولاَ مُقْعَدًا ، إلاَّ أَنْ يَكُونَ هؤُلاَء مِمَّنْ لهُ رأْيٌ فِي الْحَرْبِ

إلا عند الضرورة ، ولا يستحب إخراجهن للمباضعة والخدمة ، فإن كانوا لا بد مخرجين فبالإماء دون الحرائر ، هداية .

(ولا تقاتل المرأة إلا بإذن زوجها ، ولا العبد إلا بإذن سيده) ، لما تقدم أن حق الزوج والمولى مقدم (إلا أن يهجم العدو) ، لصيرورته فرض عين كما سبق .

(وينبغى للمسلمين أن لا يغدروا) أى يخونوا بنقض العهد (ولا يغلوا) أى : يسرقوا من الغنيمة (ولا يمثلوا) بالأعداء : بأن يَشُقُّوا أجوافهم ويرضخوا رءوسهم ، ونحو ذلك ، والمثلة المروية فى قصة العرنيين منسوخة بالنهى المتأخر ، هو المنقول ، هداية . قال فى الجوهرة : وإنما تكره المثلة بعد الظَّفر بهم ، أما قبله فلا بأس بها ، اهـ (ولا يقتلوا امرأة ، ولا شيخاً فانياً) وهو الذى فنيت قواه (ولاصبيا ، ولاأعمى ، ولامقعداً) ؛ لأن هؤلاءليسوا من أهل القتال ، والمبيح للقتل عندنا المحاربة ، فلو قاتل أحد منهم يقتل دفعاً لشره (إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأى فى الحرب) فيقتل ، لأن من له رأى يستعان برأيه أكثر مما يستعان

أَوْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ مَلِكَةً ، وَلاَ يَقْتُلُوا مَجْنُوناً .

وَإِذَا رَأَى الإِمَامُ أَنْ يُصَالِحَ أَهْلَ الْحَرْبِ أَوْ فَرِيقاً مِنْهُمْ وَكَانَ فِي ذَلِكَ مَصْلَحَةٌ لِلْمُسْلِمِينَ فَلاَ بَأْسَ بِهِ، وَإِنْ صَالَحَهُمْ مُدَّةً ثُمَّ رَأَى أَنَّ نَقْضَ الصُّلْحِ أَنْفَعُ نَبَذَ إِلَيْهِمْ وَقَاتَلَهُمْ ، وَإِنْ بَدَءُوا بِخِيَانَةٍ قَاتَلَهُمْ وَلَمْ يَنْبِذْ إِلَيْهِمْ إِذَا كَانَ ذَلِكَ بِاتِّفَاقِهِمْ .

بمقاتلته (أو تكون المرأة ملكة) ، لأن فى قتلها تفريقاً لجمعهم ، وكذلك إذا كان ملكهم صبيا صغيراً وأحضروه معهم فى الوقعة ، وكان فى قتله تفريق جمعهم ــ فلا بأس بقتله ، جوهرة .

(ولا يقتلوا مجنوناً) ، لأنه غير مخاطب ، إلا أن يقاتل فيقتل دفعاً لشره ، غير أن الصبي والمجنون يقتلان ماداما يقاتلان ، وغيرهما لا بأس بقتله بعد الأسر ، لأنه من أهل العقوبة ، لتوجه الخطاب نحوه ، هداية .

(وإذا رأى الإمام أن يصالح أهل الحرب) على ترك القتال معهم (أو فريقاً منهم) مجاناً ، أو على مال منا أو منهم (وكان فى ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به) لأن الموادعة جهاد معنى إذا كانت خيراً للمسلمين ؛ لأن المقصود ــ وهو دفع الشر ــ حاصل به ، بخلاف ما إذا لم يكن خيراً ؛ لأنه ترك الجهاد صورة ومعنى ، وتمامه فى الهداية (فإن صالحهم مدة) معلومة (ثم رأى أن نَقْضَ الصلح أنفع للمسلمين نبذ إليهم) عهدهم (وقاتلهم) ؛ لأن المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهاداً ، وإيفاء العهد ترك للجهاد صورة ومعنى ، ولا بد من النبذ تحرُّزاً عن الغدر ، ولا بد من اعتبار مدة يبلغ خبر النبذ إلى جميعهم كما فى الهداية .

(وإن بدءوا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ إليهم إذا كان ذلك باتفاقهم) ؛

وَإِذَا خَرَجَ عَبِيدُهُمْ إِلَى عَسْكَرِ الْمُسْلِمِينَ فَهُمْ أَحْرَارٌ .

وَلاَ بَأْسَ بِأَنْ يَعْلِفَ الْعَسْكَرُ فِي دَارِ الْحَرْبِ ، وَيَأْكُلُوا مَا وَجَدُوهُ مِنَ الطَّعَامِ .

وَيَسْتَعْمِلُونَ الْحَطَبَ ، وَيَدَّهِنُونَ بِالدُّهْنِ ، وَيُقَاتِلُونَ بِمَا يَجِدُونَهُ مِنَ السِّلاَحِ بِغَيْرِ قِسْمَةٍ ذَلِكَ .

لأنهم صاروا ناقضين للعهد ، فلا حاجة إلى نقضه ، بخلاف ما إذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا مَنَعَةَ لهم ، حيث لايكون هذا نقضاً للعهد فى حقهم ، ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضاً للعهد فى حقهم دون غيرهم ؛ لأنه بغير إذن ملكهم ؛ ففعلهم لايلزم غيرهم ، حتى لو كان بإذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد ، لأنه باتفاقهم معنى ، هداية .

(وإذا خرج عبيدهم إلى عسكر المسلمين فهم أحرار) لأنهم أحرزوا نفسهم بالخروج إلينا مراغمين لمواليهم ، وكذا إذا أسلموا هناك ولم يخرجوا إلينا وظهرنا على دارهم فهم أحرار ، ولا يثبت الولاء عليهم لأحد ؛ لأن هذا عتق حكمى ، جوهرة .

(ولا بأس أن يعلف العسكر فى دار الحرب) دوابهم (ويأكلوا ماوجدوه من الطعام) كالخبز ، واللحم ، والسمن ، والزيت : قال الزاهدى : وهذا عند الحاجة ، وفى الإباحة من غير حاجة روايتان ، اه .

([illegible] ملون الحطب) وفى بعض النسخ : « الطيب » هداية (ويدهنون بالدهن) [illegible] الحاجة إلى ذلك (ويقاتلون بما يجدونه من السلاح) ، كل ذلك (بغير قسمه) يعنى إذا احتاج إليه ، بأن انقطع سيفه ، أو انكسر رمحه ، أو

وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَبِيعُوا مِنْ ذَلِكَ شَيْئاً ولاَ يَتَمَوَّلُوهُ .

وَمَنْ أَسْلَمَ مِنْهُمْ أَحْرَزَ بِإِسْلاَمِهِ نَفْسَهُ وَأَوْلاَدَهُ الصغَارَ وَكلَّ مَالٍ هُوَ فِي يَدِهِ أَوْ وَدِيعَةٍ فِي يَدِ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ ، فإِنْ ظهَرْنَا عَلَى الدّارِ فَعَقَارُهُ فَيْءٌ وَزَوْجَتُهُ فَيْءٌ وَحَمْلُها فَيْءٌ ، وَأَوْلاَدُهُ الْكِبارُ فَيْءٌ .

لم يكن له سلاح ، وكذا إذا دعته حاجة إلى ركوب فرس من المغنم ليقاتل عليها فلا بأس بذلك ، فإذا زالت الحاجة رُدَّتْ فى الغنيمة ، ولا ينبغى أن يستعمل من الدواب والثياب والسلاح شيئا لتبقى به دابته وثيابه وسلاحه ، لأنه من الغلول ؛ لاستعماله من غير حاجة ، وتمامه فى الجوهرة (ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك) الطعام ونحوه (شيئاً ، ولا يتمولوه) لأنه لم يملك بالأخذ ، وإنما أبيح التناول للضرورة ، فإذا باع أحدهم رَدَّ الثمن إلى المغنم .

(ومن أسلم منهم) فى دار الحرب قبل أخذه (أحرز بإسلامه نفسه) ، لأن الإسلام ينافى ابتداء الاسترقاق (وأولاده الصغار) لأنهم مسلمون تبعا لإسلامه ، (وكل مال هو فى يده) لسبقها إليه (أو وديعة فى يد) معصوم الدم (مسلم أو ذمى) لأنه فى يد صحيحة محترمة ، ويده كيده (فإن ظهرنا على الدار فعقاره فىء) لأنه فى يد أهلَ الدار ، إذ هو من جملة دار الحرب ، فلم يكن فى يده حقيقة ، (و) كذا (زوجته فىء) ، لأنها كافرة حربية ، لاتتبعه فى الإسلام (و) كذا (حملها فىء) ، لأنه جزء منها ، فيتبعها فى الرق والحرية ، وإن كان تبعاً للأب فى الإسلام ، لأن المسلم محل للتملك تبعاً لغيره ، بخلاف المنفصل ، فإنه حر ؛ لعدم الجزئية عند ذلك (و) كذا (أولاده الكبار فىء) لأنهم كفار حربيون ، ولا تبعية لهم ، لأنهم على حكم أنفسهم .

وَلاَ يَنْبَغِى أَنْ يُبَاعَ السِّلاَحُ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ ، وَلاَ يُجَهَّزُ إِلَيْهِمْ ، وَلا يُفَادَوْنَ بِالْأَسَارَى عِنْدَ أَبِى حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمحمدٌ : يُفَادَى بِهِمْ أَسَارَى الْمُسْلِمِينَ ، ولا يجُوزُ الْمَنُّ عليهم

وَإِذا فَتَحَ الْإِمامُ بَلَدًا عَنْوَةً فَهُوَ بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاء قَسَمَهُ بَيْنَ الْغَانِمِينَ ،

(ولا ينبغى) بل يحرم ، كما فى الزيلعى (أن يباع السلاح) والكُرَاعُ (من أهل الحرب) ؛ لما فيه من تقويتهم على قتال المسلمين ، وكذا كل مافيه تقوية لهم ، كالحديد ، والعبيد ، ونحو ذلك (ولا يجهز) أى يتاجر بذلك (إليهم) قال فى الغاية : أى لا يحمل إليهم التجار الجهاز ، وهو المتاع ، يعنى هنا السلاح ، اهـ .

(ولا يفادون بالأسارى عند أبى حنيفة) لأن فيه معونة للكفرة ، لأنه يعود حرْبا علينا ، ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الأسير المسلم ؛ لأنه إذا بقى فى أيديهم كان ابتلاء فى حقه غير مضاف إلينا ، والإعانة بدفع أسيرهم مضاف إلينا ، (وقالا : يفادى بهم أسارى المسلمين) لأن فيه تخليص المسلم ، وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به . قال الإسبيجابى : والصحيح قول أبى حنيفة ، واعتمده المحبوبى ، والنسفى ، وغيرهما . قال الزاهدى : والمفاداة بالمال لا تجوز فى ظاهر المذهب، كذا فى التصحيح . وفى السير الكبير : أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة ؛ استدلالا بأسارى بدر ، ولو كان الأسير أسلم فى أيدينا لا يفادى بمسلم أسير فى أيديهم لأنه لا يفيد ، إلا إذا طابت نفسه به وهو مأمون على إسلامه ، هداية .

(ولا يجوز المن عليهم) ، لما فيه من إبطال حق الغانمين .

(وإذا فتح الإمام بلدة عنوة) أى قهراً (فهو) فى العقار (بالخيار) بين أمرين : (إن شاء قسمه بين الغانمين) كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم

وَإِنْ شَاءَ أَقَرَّ أَهْلَهُ عَلَيْهِ وَوَضَعَ عَلَيْهِمُ الْخَرَاجَ ، وَهُوَ فِي الْأُسَارَى بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ قَتَلَهُمْ ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَرَقَّهُمْ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُمْ أَحْرَاراً ذِمَّةً لِلْمُسْلِمِينَ .

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرُدَّهُمْ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ .

وَإِذَا أَرَادَ الْعَوْدَ وَمَعَهُمْ مَوَاشٍ فَلَمْ يَقْدِرُوا عَلَى نَقْلِهَا إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ ذَبَحُوهَا وَحَرَّقُوهَا وَلَا يَعْقِرُونَهَا وَلَا يَتْرُكُونَهَا .

بخيبر (وإن شاء أقر أهله عليه ، ووضع عليهم الخراج) كما فعل عمر رضى الله عنه بسواد العراق بموافقة الصحابة ، رضوان الله تعالى عليهم ، وفى كل من ذلك قُدْوة ، فيتخير ، وقيل : الأولى هو الأول عند حاجة الغانمين ، والثانى عند عدم الحاجة ، قيدنا بالعقار لأن المنقول لايجوز المنُّ فيه بالرد عليهم (وهو) أى الإمام (فى الأسرى بالخيار) بين ثلاثة أمور : (إن شاء قتلهم) حسما لمادة الفساد (وإن شاء استرقّهم) توفيراً لمنفعة الإسلام (وإن شاء تركهم أحراراً ذمة للمسلمين) إذا كانوا أهلا للذمة ، كما فعل عمر رضى الله عنه بسواد العراق . قيدنا بكونهم أهلا للذمة احترازا عن المرتدين ومشركى العرب كما سبق .

(ولا يجوز) للامام (أن يردهم إلى دار الحرب) لما فيه من تقويتهم على المسلمين كما مر .

(وإذا أراد) الإمام (العَوْدَ) إلى دار الإسلام (ومعه مواش فلم يقدر على نقلها إلى دار الإسلام ذبحها ، و) بعده (حرقها) لأن ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ، ولا غرض أصح من كسر شوكة أعداء الله (ولا يعقرها) بأن يقطع قوائمها ويدعها حية ؛ لما فيه من المثلة والتعذيب (ولا يتركها) لهم حيّ

ولا يَقسِمُ غَنِيمَةً فِي دَارِ الحَرْبِ حَتَّى يُخْرِجَها إلى دَارِ الإِسْلاَمِ ، والرِّدْءُ والمقَاتِلُ فِي العَسْكرِ سَوَاء .

وإِذَا لِحقَهُمُ المَدَدُ فِي دَارِ الحَرْبِ قَبلَ أَنْ يُخرِجُوا الغَنِيمَةَ إلى دَارِ الاسْلاَمِ شَارَكوهُمْ فِيهاَ ، وَلا حقَّ لِاهْلِ سُوقِ العَسْكرِ فى الغَنِيمَة إلاَّ أَنْ يُقاتِلوا

ولا معقورة ، ولا من غير حرق ، قطعاً لمنفعتهم بها .

(ولا يقسم) الإمام (غنيمة فى دار الحرب) ، بل (حتى يخرجها إلى دار الإسلام) ، لأن الملك لايثبت للغانمين إلا بالإحراز فى دار الإسلام .

(والردء) أى المعين (والمقاتل فى العسكر سواء) لاستوائهم فى السبب وهو المجاوزة أو شهود الوقعة على ما عرف ، وكذلك إذا لم يقاتل لمرض أو غيره ، لما ذكرناه ، هداية .

(وإذا لحقهم المدد) ـ وهو ما يرسل إلى الجيش ليزدادوا ـ وفى الأصل : ما يزاد به الشيء ويكثر ، قهستانى (فى دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة إلى دار الإسلام) وقبل القسمة وبيع الغنيمة ، ولو بعد انقضاء القتال (شاركوهم فيها) لوجود الجهاد منهم معنى قبل استقرار الملك للعسكر ، ولذا ينقطع حق المشاركة بالإحراز ، أو بقسمة الإمام فى دار الحرب ، أو ببيعه المغانم فيها ؛ لأن بكل منها يتم الملك ، فينقطع حق شركة المدد .

(ولا حق لأهل سوق العسكر فى الغنيمة ، إلا أن يقاتلوا) ؛ لأنهم لم يجاوزوا على قصد القتال ؛ فانعدم السبب الظاهر ، فيعتبر السبب الحقيقى ـ وهو قصد القتال ـ فيفيد الاستحقاق على حسب حاله ، فارساً أو راجلا عند القتال، هداية .

وإذَا أمَّنَ رجُلٌ حُرٌّ أو امْرَأةٌ حُرَّةٌ كافِراً أوْ جَمَاعَةً أوْ أهْلَ حِصْنٍ أوْ مَدينَةٍ صَحَّ أمَانُهُمْ ، ولَم يَجُزْ لأحدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ قَتْلُهم إلاَّ أنْ يَكُونَ فِي ذَلِكَ مَفسَدَةٌ فَيَنْبِذُ إليهِمُ الإمَامُ .

ولا يَجُوزُ أمَانُ ذمِّيٍّ ، وَلا أسِيرٍ ، ولاَ تَاجِرٍ يَدْخُلُ عَلَيْهِمْ .

وَلا يَجُوزُ أمَانُ الْعَبْدِ عِنْد أبِي حَنِيفَةَ

(و إذا أمن رجـل حر ، أو امرأة حرة كافراً) واحداً (أو جماعة) من الـكفار (أو أهل حصن ، أو مدينة ، صَحّ أمانهم) ، لأنه من أهل القتال؛ إذهو من أهل المَنَعَة ، فيحقق منه الأمان ، ثم يتعدى إلى غيرهِ ، ولأن سببه ـ وهو الإيمان ـ لا يتجزأ ؛ فـكذا الأمان ، فيتكامل كولاية النكاح (و) حيث صح أمانهم (لم يجز لأحد من المسلمين قتلهم) ولا التعرض لما معهم ، والأصلُ في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : « المسلمون [يدعلى من سواهم] تتكافأ دماؤهم ، و يسعى بذمتهم أدناهم » أى : أقلهم ، وهو الواحد ، هداية (إلا أن يكون في ذلك مفسدة) تلحق المسلمين (فينبذ الإمام إليهم) أمانهم ، كما إذا كان الأمان منهم ثم رأى المصلحة في النبذ كما مر .

(ولا يجوز أمان ذمى) ؛ لأنه متهم بهم ، ولا ولاية له على المسلمين ، (ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم) ؛ لأنهما مقهوران تحت أيديهم ، فلا يخافونهما ، والأمان يختص بمحل الخوف ، ولأنهم كلما اشتد الأمر عليهم يجدون أسيرا أو تاجراً فيتخلصون بأمانه ، فلا ينفتح باب الفتح ، هداية .

(ولا يجوز أمان العبد عند أبي حنيفة) ، لأن الأمانَ عنده من جملة العقود

إلاَّ أَنْ يَأْذَنَ لهُ مَوْلاَهُ فِي الْقِتَالِ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمدٌ : يَصِحُّ أمانُهُ .

وَإِذا غَلَبَ التُّرْكُ عَلَى الرُّومِ فَسَبَوْهُم وَأَخَذُوا أَمْوالَهُمْ مَلَكُوهَا ، فَإِنْ غَلَبْنَا عَلَى التُّرْكِ حَلَّ لَنَا مَا نجِدُهُ مِنْ ذلِكَ ، وَإِذاغَلَبُوا عَلَى أَمْوَالِنَا فَأَحْرَزُوهَا بِدَارِهِمْ مَلَكُوهَا ، فَإِنْ ظَهَرَ عَلَيْهَا الْمُسْلِمُونَ فَوَجَدُوهَا

والعبد محجور عليه ، فلا يصح عَقْدُه (إلا أن يأذن له مولاه فى القتال) ؛ لأنه يصير مأذوناً ؛ فيصح عقد الأمان منه (وقال أبو يوسف ومحمد : يصح أمانه) لأنه مؤمن ذو قوة وامتناع يتحقق منه الخوف ، والأمان مختص بمحل الخوف .

قال جمال الإسلام فى شرحه : وذكر الكرخى قول أبى يوسف مع أبى حنيفة وصحح قول أبى حنيفة ، ومشى عليه الأئمة البرهانى والنسفى وغيرهما ، تصحيح .

(وإذا غلب الترك) جمع تركى (على الروم) جمع رومى ، والمراد كفار الترك وكفار الروم (فسبوهم وأخذوا أموالهم) وسبوا ذراريهم (ملكوها) لأن أموال أهل الحرب ورقابهم مُبَاحَة فتملك بالأخذ (فان غلبنا على الترك) بعد ذلك (حل لنا مانجده من ذلك) الذى أخذوه من الروم ، اعتباراً بسائر أموالهم (وإذا غلبوا) أى الكفار (على أموالنا) ولو عبيداً أو إماء مسلمين (فأحرزوها بدارهم ملكوها) لأن العصمة من جملة الأحكام الشرعية ، والكفار غير مخاطبين بها ؛ فبقى فى حقهم مالا غير معصوم ، فيملكونه كما حققه صاحب المجمع فى شرحه . قيد بالإحراز لأنهم قبل الإحراز بها لا يملكون شيئاً حتى لو اشترى منهم تاجر شيئاً قبل الإحراز ووجده مالكه أخذه بلاشىء (فإن ظهر عليها) أى على دارهم (المسلمون) بعد ذلك (فوجدوها)

قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَهِيَ لَهُمْ بِغَيْرِ شَيْءٍ ، وَإِنْ وَجَدُوهَا بَعْدَ الْقِسْمَةِ أَخَذُوهَا بِالْقِيمَةِ إِنْ أَحَبُّوا ، وَإِنْ دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ تَاجِرٌ فَاشْتَرَى ذَلِكَ وَأَخْرَجَهُ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ فَمَالِكُهُ بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَاهُ بِهِ التَّاجِرُ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ .

وَلَا يَمْلِكُ عَلَيْنَا أَهْلُ الْحَرْبِ بِالْغَلَبَةِ مُدَبَّرِينَا وَمُكَاتَبِينَا وَأُمَّهَاتِ أَوْلَادِنَا وَأَحْرَارَنَا ، وَنَمْلِكُ عَلَيْهِمْ جَمِيعَ ذَلِكَ ، وَإِذَا أَبَقَ عَبْدٌ لِمُسْلِمٍ فَدَخَلَ إِلَيْهِمْ

أي وجد المسلمون أموالهم (قبل القسمة) بين الغانمين (فهي لهم بغير شيء) ؛ لأن المالك القديم زال ملكه بغير رضاه؛ فكان له حق الأخذ نظرا له (وإن وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة إنْ أحبوا) لأن مَنْ وقع المال في نصيبه يتضرر بالأخذ منه مجانا ؛ لأنه استحقه عوضاً عن سهمه في الغنيمة ، فقلنا بحق الأخذ بالقيمة لما فيه من النظر للجانبين كما في الهداية (وإن دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك) المال (وأخرجه إلى دار الإسلام فمالكه الأول بالخيار : إن شاء أخذه بالثمن الذى) كان (اشتراه به التاجر) من العدو ، (وإن شاء ترك) لأنه يتضرر بالأخذ مجاناً ألا يرى أنه دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلنا ، ولو اشتراه بعرض يأخذه بقيمة العرض ، ولو وهبوه له يأخذه بقيمته ؛ لأنه ثبت له ملك خاص فلا يزال إلا بالقيمة ، هداية .

(ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة) علينا (مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا) لأنهم أحرار من وجه ، والحر معصوم بنفسه ، فلا يملك (ونملك عليهم) إذا غلبنا عليهم (جميع ذلك) لعدم عصمتهم .

(وإذا أبق عبد) من دارنا ، سواء كان (لمسلم) أوذمى (فدخل إليهم) أى إلى

فَأَخَذُوهُ لَمْ يَمْلِكُوهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَإِنْ نَدَّ بَعِيرٌ إِلَيْهِمْ فَأَخَذُوهُ مَلَكُوهُ.

وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْإِمَامِ حَمُولَةٌ يَحْمِلُ عَلَيْهَا الْغَنَائِمَ قَسَمَهَا بَيْنَ الْغَانِمِينَ قِسْمَةَ إِيدَاعٍ لِيَحْمِلُوهَا إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ ثُمَّ يَرْتَجِعُهَا فَيَقْسِمُهَا.

وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْغَنَائِمِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ،

دارهم (فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة) ؛ لظهور يده على نفسه بزوال يد مولاه فصار معصوما بنفسه ، فلم يبق محلا للملك ، وقالا : يملكونه ، والصحيح قوله ، واعتمده المحبوبي والنسفي وغيرهما ، تصحيح . وإذا لم يثبت الملك لهم يأخذه المالك القديم بغير شيء ، موهوبا كان أو مشترى أو مغنوما ، قبل القسمة وبعدها ، إلا أن بعد القسمة يؤدى عوضه من بيت المال ، لأنه لا يمكن إعادة القسمة .

(وإن ند) منا (بعير) أو فرس (إليهم فأخذوه ملكوه) لتحقق الاستيلاء إذ لا يد للعجماء .

(وإذا لم يكن للإمام حمولة) بفتح أوله ــ الإبل التي تحمل ، وكذا كل ما احتمل عليه الحي من حمار وغيره ، سواء كانت عليه الأحمال أو لم تكن . صحاح (يحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة إيداع ليحملوها إلى دار الإسلام ثم) إذا رجعوا إلى دار الإسلام (يرتجعها) منهم (فيقسمها) قسمة تمليك بينهم ، فإن أبوا أن يحملوها أجبرهم على ذلك بأجر المثل في رواية السير الكبير ؛ لأنه دفع ضرر عام بتحمل ضرر خاص ، ولا يجبرهم على رواية السير الصغير ، وتمامه في الهداية والدرر .

(ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة) في دار الحرب ؛ لأنها لا تملك قبلها

وَمَنْ مَاتَ مِنَ الْغَانِمِينَ فِي دَارِ الْحَرْبِ فَلاَ حَقَّ لَهُ فِي الْغَنِيمَةِ ، وَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ بَعْدَ إِخْرَاجِهَا إِلَى دَارِ الإِسْلاَمِ فَنَصِيبُهُ لِوَرَثَتِهِ .

وَلاَ بَأْسَ أَنْ يُنَفِّلَ الْإِمَامُ فِي حَالِ الْقِتَالِ، وَيُحَرِّضَ بِالنَّفَلِ عَلَى الْقِتَالِ فَيَقُولَ : مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً فَلَهُ سَلَبُهُ ، أَوْ يَقُولَ لِسَرِيَّةٍ : قَدْ جَعَلْتُ لَكُمُ الرُّبُعَ بَعْدَ الْخُمُسِ ،وَلاَ يُنَفِّلُ بَعْدَ إِحْرَازِ الْغَنِيمَةِ إِلاَّ مِنَ الْخُمُسِ ، وَإِذَا لَمْ يَجْعَلِ السَّلَبَ لِلْقَاتِلِ فَهُوَ مِنْ جُمْلَةِ الْغَنِيمَةِ ،

(ومن مات من الغانمين فى دار الحرب) قبل القسمة و بيع الغنيمة (فلاحق له فى الغنيمة) لأن الإرث يجرى فى الملك ، ولا ملك قبل ما ذكر كما مر (ومن مات منهم) أى الغانمين (بعد إخراجها) أى الغنيمة (إلى دار الإسلام) أو بعد قسمتها أو بيعها ولو فى دار الحرب (فنصيبه لورثته) لأن حقهم قد استقر بما ذكر ، فينتقل إلى الورثة .

(ولا بأس) بل يندب (بأن ينفل الإمام فى حال القتال) وقبله بالأولى (ويحرض) أى يحث و يُغرِى (بالنفل على القتال) والنفل: إعطاء شىء زائد على سهم الغنيمة ، وقد فسره بقوله (فيقول : من قتل قتيلا فله سلبه) وسيأتى معناه (أو يقول لسرية) وهى القطعة من الجيش (قد جعلت لكم الربع) أو النصف (بعد) رفع (الخمس) ؛ لما فى ذلك من تقوية القلوب و إغراء المقاتلة على المخاطرة و إظهار الجلادة رغبةً فى ذلك ، وقد قال تعالى : «حرض المؤمنين على القتال» وهو نوع تحريض (ولا ينفل بعد إحرار الغنيمة) فى دار الإسلام ؛ لتأكد حق الغانمين بها ، ولذا يورث عنهم (إلا من الخمس) ؛ لأن الرأى فيه إلى الإمام ، ولا حق فيه للغانمين .

(و إذا لم يجعل) الإمام (السلب للقاتل) نَفَلاً (فهو من جملة الغنيمة

وَالقَاتِلُ وَغَيْرُهُ فِيهِ سَوَاء. وَالسَّلَبُ : مَا عَلَى المَقْتُولِ مِنْ ثِيَابِهِ وَسِلَاحِهِ وَمَرْكَبِهِ

وَإِذَا خَرَجَ المُسْلِمُونَ مِنْ دَارِ الحَرْبِ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَعْلِفُوا مِنَ الغَنِيمَةِ وَلَا يَأْكُلُوا مِنْهَا .

وَمَنْ فَضَلَ مَعَهُ عَلَفٌ أَوْ طَعَامٌ رَدَّهُ إِلَى الغَنِيمَةِ .

وَيَقْسِمُ الإِمَامُ الغَنِيمَةَ : فَيُخْرِجُ خُمُسَهَا ، وَيَقْسِمُ أَرْبَعَةَ أَخْمَاسِهَا بَيْنَ الغَانِمِينَ : لِلْفَارِسِ سَهْمَانِ ، وَلِلرَّاجِلِ سَهْمٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَا : لِلفَارِسِ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ ،

والقاتل وغيره فيه) أى فى سلبه (سواء) ؛ لأنه مأخوذ بقوة الجيش؛ فيكون غنيمة لهم (والسلب) هو (ماعلى المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه) وكذا ما على مركبه من السرج والآلة ، وكذا مامعه على الدابة من ماله فى حقيبة أو على وسطه ، وماعدا ذلك فليس بسلب ، وما كان مع غلامه على دابة أخرى فليس بسلبه ، هداية .

(وإذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز) لهم (أن يعلفوا) دوابهم (من الغنيمة ولا يأكلوا منها) ؛ لأن حق الغانمين قدتأكد فيها كما مر (ومن فضل معه علف أوطعام رده إلى الغنيمة) إذا لم تقسم ، وبعد القسمة تصدقوا به إن كانوا أغنياء وانتفعوا به إن كانوا محاويج؛ لأنه صار فى حكم اللقطة لتعذر الرد ، وتمامه فى الهداية

(ويقسم الإمام الغنيمة) بعد الإحراز بدار الإسلام كما تقدم (فيخرج) أولا (خمسها) للأصناف الثلاثة الآتية (ويقسم أربعة أخماسها) الباقية (بين الغانمين للفارس) أى لصاحب الفرس (سهمان، وللراجل) ضد الفارس (سهم عند أبى حنيفة وقالا : للفارس ثلاثة أسهم) وللراجل سهم ، قال الإمام بهاء الدين فى شرحه :

وَلاَ يُسْهِمُ إِلاَّ لِفَرَسٍ وَاحِدٍ ، وَالبَرَاذِينُ وَالعِتَاقُ سَوَاءٌ ، وَلاَ يُسْهِمُ لِرَاحِلَةٍ وَلاَ بَغْلٍ .

وَمَنْ دَخَلَ دَارَ الحَرْبِ فَارِساً فَنَفَقَ فَرَسُهُ اسْتَحَقَّ سَهْمَ فَارِسٍ ، وَمَنْ دَخَلَ رَاجِلاً فَاشْتَرَى فَرَساً اسْتَحَقَّ سَهْمَ رَاجِلٍ .

وَلا يُسْهِمُ لِمَمْلُوكٍ وَلا امْرَأَةٍ وَلاَ ذِمِّيٍّ وَلاَ صَبِيٍّ ، وَلَكِنْ يَرْضَخُ لَهُمْ عَلَى حَسَبِ مَا يَرَاهُ الإِمَامُ .

الصحيح قول أبي حنيفة ، واختاره الإمام البرهاني والنسفي وصدر الشريعة وغيرهم تصحيح (ولا يسهم إلا لفرس واحد) لأن القتال لا يتحقق إلا على فرس واحد. قال الاسبيجابي: وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يسهم للفرسين، والصحيح قولها ، وعليه مشى الأئمة المذكورون قبله ، تصحيح (والبراذين) جمع برذون — التركي من الخيل (والعتاق) جمع عتيق — العربي منها (سواء) ؛ لأن اسم الخيل ينطلق على الكل، والإرهاب مضاف إليها ، ولأن العربي إن كان في الطلب والهرب أقوى فالبرذون أصبر وألين عطفاً؛ ففي كل منهما منفعة معتبرة، فاستويا (ولا يسهم لراحلة) وهي المركب من الإبل ذكراً كان أو أنثى (ولا بغل) ولا حمار ، فصاحب ما ذكر والراجل سواء ، لأن المعنى الذي في الخيل معدوم فيهم (ومن دخل دار الحرب فارساً فنفق) أي هلك (فرسه) فشهد الوقعة راجلا (استحق سهم فارس ، ومن دخل راجلا فاشترى) هناك (فرساً) فشهد الوقعة فارساً (استحق سهم راجل) لأن الوقوف على حقيقة القتال متعسر، وكذا شهود الوقعة؛ فتقام المجاوزة مقامه، لأنه السبب المفضي إليه ظاهراً إذا كان على قصد القتال، فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة فارساً أو راجلا (ولا يسهم لمملوك) ولا مكاتب (ولا امرأة ولا ذمي ولا صبي) ولا مجنون ولا معتوه (ولكن يرضخ لهم) أي يعطيهم من الغنيمة (على حسب ما يراه الإمام

وَأَمَّا الْخُمُسُ فَيُقْسَمُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ : سَهْمٍ لِلْيَتَامَى ، وَسَهْمٍ لِلْمَسَاكِينِ ، وَسَهْمٍ لِأَبْنَاءِ السَّبِيلِ ، وَيَدْخُلُ فُقَرَاءُ ذَوِي الْقُرْبَى فِيهِمْ ، وَيُقَدَّمُونَ ، وَلَا يُدْفَعُ إِلَى أَغْنِيَائِهِمْ شَيْءٌ .

وَأَمَّا ذِكْرُ اللهِ تَعَالَى فِي الْخُمُسِ فَإِنَّمَا هُوَ لِافْتِتَاحِ الْكَلَامِ تبركاً بِاسْمِهِ وَسَهْمُ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَقَطَ بِمَوْتِهِ كَمَا سَقَطَ الصَّفِيُّ ، وَسَهْمُ ذَوِي الْقُرْبَى كَانُوا يَسْتَحِقُّونَهُ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

قال فى الهداية : ثم العبد إنما يرضخ له إذا قاتل ؛ لأنه لخدمة المولى فصار كالتاجر ، والمرأة يرضخ لها إذا كانت تداوى الجرحى وتقوم على المرضى ؛ لأنها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الإعانة مقام القتال ؛ والذمى إنما يرضخ له إذا قاتل أو دَلَّ على الطريق ؛ لأن فيه منفعة للمسلمين ، إلا أنه يزاد له على السهم فى الدلالة إذا كانت فيه منفعة عظيمة . انتهى باختصار .

(وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم : سهم لليتامى) الفقراء (وسهم للمساكين ، وسهم لأبناء السبيل) وهم المنقطعون عن مالهم ، ويجوز صرفه لصنف واحد كما فى الفتح عن التحفة (ويدخل فقراء ذوى القربى) من بنى هاشم (فيهم) أى فى الأصناف الثلاثة (و) لكن (يقدمون) على غيرهم ، لعدم جواز الصدقة عليهم (ولا يدفع إلى أغنيائهم) منه (شىء) ؛ لأنه إنما يستحق بالفقر والحاجة (فأما ذكر الله تعالى فى الخمس) فى قوله جل ذكره : « واعلموا أنما غنمتم من شىء فأن لله خمسه » (فإنما هو لافتتاح الكلام ، تبركا باسمه تعالى ، وسهم النبى صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفى) وهو شىء كان يصطفيه النبى صلى الله عليه وسلم لنفسه : أى يختاره من الغنيمة ، مثل درع ، وسيف ، وجارية (وسهم ذوى القربى كانوا يستحقونه فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم

بِالنُّصْرَةِ ، وَبَعْدَهُ بِالْفَقْرِ .

وَإِذَا دَخَلَ الْوَاحِدُ أَوْ الاثْنَانِ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ مُغِيرِينَ بِغَيْرِ إِذْنِ الامَامِ فَأَخَذُوا شَيْئاً لَمْ يُخَمَّسْ .

وَإِنْ دَخَلَ جَمَاعَةٌ لَهَا مَنَعَةٌ وَأَخَذُوا شَيْئاً خُمِّسَ، وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُمُ الامَامُ

وَإِذَا دَخَلَ الْمُسْلِمُ دَارَ الْحَرْبِ تَاجِراً فَلَا يَحِلُّ لَهُ

بالنصرة) له ، ألا يرى أنه علل فقال : « إنهم لن يزالوا معى هكذا فى الجاهلية والإسلام » ، وشبك بين أصابعه (وبعده) أى بعد وفاته صلى الله عليه وسلم (بالفقر) لانقطاع النصرة .

(وإذا دخل الواحد) من المسلمين (أو الاثنان إلى دار الحرب مغيرين بغير إذن الإمام ، فأخذوا شيئاً ، لم يخمس) ، لأنه مال مباح أخذ على غير وجه الغنيمة لأنها المأخوذة قهراً وغلبة ، لا اختلاساً وسرقة ، والخمس وظيفة الغنيمة ، قيد بكونه بغير إذن الإمام لأنه إذا كان بالإذن ففيه روايتان ؛ والمشهور أنه يخمس ؛ لأنه لما أذن لهم فقد التزم نصرتهم ، كما فى الهداية

(وإن دخل جماعة لهم منعة) أى قوة (فأخذوا شيئاً خمس) ما أخذوه (وإن لم يأذن لهم الإمام) ؛ لأنه غنيمة لأخذه على وجه القهر والغلبة ، ولأنه يجب على الإمام نصرتهم ؛ إذ لو خذلهم كان فيه وَهْنٌ على المسلمين ، بخلاف الواحد والاثنين ؛ لأنه لا تجب عليه نصرتهم ، هداية . قيد بالمنعة لأنه لو دخل جماعة لا منعة لهم بغير إذن فأخذوا شيئا لا يخمس لأنه اختلاس لا غنيمة ، كما فى الجوهرة .

(وإذا دخل المسلم دار الحرب) بأمان (تاجرا) أو نحوه (فلا يحل له

أَنْ يَتَعَرَّضَ لشيء مِنْ أَمْوَالِهِمْ وَلاَ مِنْ دِمَائِهِمْ ، وَ إِنْ غَدَرَ بِهِمْ وَأَخَذَ شَيْئاً وَخَرَجَ بِهِ مَلَكَهُ مِلْكاً مَحْظُوراً ، وَيُؤْمَرُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهِ .

وَإِذَا دَخَلَ الحَرْبِيُّ إِلَيْنَا مُسْتَأْمِناً لَمْ يُمَكَّنْ أَنْ يُقِيمَ فِي دَارِنَا سَنَةً ، وَيَقُولُ لَهُ الْإِمَامَ : إِنْ أَقَمْتَ تَمَامَ السَّنَةِ وَضَعْتُ عَلَيْكَ الجِزْيَةَ ،

أن يتعرض لشيء من أموالهم ، ولا) لشيء (من دمائهم) أو فروجهم ، لأن ذلك غَدْر بهم ، والغَدْر حرام، إلا إذا صدر غَدْر من ملكهم ، أو منهم بعلمه ، ولم يأخذوا على يدهم ؛ لأن النقض يكون من جهتهم . قيد بالتاجر لأن الأسير غير مستأمن ؛ فيباح له التعرض لما لهم ودمائهم ، كما فى الهداية .

(و إن) تعدى التاجر ونحوه ، و (غدر بهم وأخذ شيئاً) من مالهم (وخرج به) عن دارهم (ملكه ملكا محظورا) لإباحة أموالهم ، إلا أنه حصل بالغدر فكان خبيثاً ؛ لأن المؤمنين عند شروطهم (و يؤمر أن يتصدق به) تفريغا لذمته وتداركا لجنايته .

(و إذا دخل الحربى إلينا مستأمنا) أى : طالبا للأمان (لم يمكن أن يقيم فى دارنا سنة) فما فوقها ؛ لئلا يصير عيناً لهم ، وعَوْناً علينا (و يقول له الإمام) إذا أمنه وأذن له فى الدخول إلى دارنا : (إن أقمت) فى دارنا (تمام السنة وضعت عليك الجزية) ، والأصل : أن الحربى لا يمكن من إقامة دائمة فى دارنا إلا بالاسترقاق أو الجزية ؛ لأنه يصير عينا لهم ، وعونا علينا ، فتلتحق المضرة بالمسلمين ، و يمكن من الإقامة اليسيرة ، لأن فى منعها قطع الميرة والجَلَب ، وسد باب التجارة، ففصلنا بينهما بسنة ، لأنها مدة تجب فيها الجزية ، فتكون الإقامة لمصلحة الجزية ، هداية .

فإنْ أقَامَ أخَذَ مِنهُ الجِزْيَةَ ، وَصَارَ ذِمِّيًا . وَلَمْ يُترَكْ أنْ يَرْجِعَ إلَى دَارِ الحَرْبِ ، وَإنْ عَادَ إلَى دَارِ الحَرْبِ وَتَرَكَ وَدِيعَةً عِنْدَ مُسْلِمٍ أوْ ذِمِّيٍّ أوْ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِمْ فَقَدْ صَارَ دَمُهُ مُبَاحًا بِالعَوْدِ وَمَا فِي دَارِ الإسْلاَمِ مِنْ مَالِهِ عَلَى خَطَرٍ، فإنْ أُسِرَ أوْ قُتِلَ سَقطتْ دُيُونُهُ وَصَارَتِ الوَدِيعَةُ فَيْئًا .

وَمَا أوْجَفَ عَلَيْهِ المُسْلِمُونَ مِنْ أمْوَالِ أهْلِ الحَرْبِ بِغَيْرِ قِتَالٍ يُصْرَفُ فِي مَصَالِحِ المُسْلِمِينَ كَمَا يُصْرَفُ الخَرَاجُ .

(فإن) رجع بعد ذلك قبل تمام السنة إلى وطنه فلا سبيل عليه ، وإن (أقام) تمام السنة (أخذت منه الجزية ، وصار ذميا) لالتزامه ذلك (ولم يترك) بعدها (أن يرجع إلى دار الحرب) ؛ لأن عقد الذمة لا يُنْقَضُ . وللامام أن يوقت فى ذلك مادون السنة كالشهر والشهرين كما فى الهداية .

(وإن عاد) المستأمن (إلى دار الحرب) ولو إلى غير داره (وترك وديعة عند) معصوم (مسلم ، أو ذمى ، أو) ترك (دينا فى ذمتهم ؛ فقد صار دمه مباحاً بالعود) لبطلان أمانه (وما) كان (فى دار الإسلام من ماله) فهو (على خطر) أى موقوف ، لأن يد المعصوم عليه باقية (فإن أسر أو قيل سقطت ديونه) ، لأن يد من عليه الدين أسبق إليه من يد العامة ، فيختص به ؛ فيسقط (وصارت الوديعة) وماعند شريكه ومُضَارِبه ومافى بيته فى دارنا (فيئاً) ، لأنها فى يده حكما ، لأن يد المودع والشريك والمضارب كيده ، فيصير فيئاً تبعاً لنفسه .

(وما أوجف عليه المسلمون) أى أسرعوا إلى أخذه (من أموال أهل الحرب بغير قتال يصرف) جميعه (فى مصالح المسلمين ، كما يصرف الخراج)

وَأَرْضُ الْعَرَبِ كُلُّهَا أَرْضُ عُشْرٍ ، وَهِيَ : مَا بَيْنَ الْعُذَيْبِ إِلَى أَقْصَى حَجَرٍ بِالْيَمَنِ بِمَهْرَةَ إِلَى حَدِّ الشَّامِ ، وَالسَّوَادُ

والجزية ؛ لأنه حصل بقوة المسلمين من غير قتال ؛ فكان كالخراج والجزية .

ولما أنهى الكلام على بيان مايصير الحربى به ذميا ، أخذ فى بيان مايؤخذ منه ، و بيان العشر ، تتميما للوظائف المالية ، وقدم بيان العشر لما فيه من معنى العبادة ، فقال :

(وأرض العرب كلها أرض عشر) ، لأن الخراج لايجب ابتداء إلا بعقد الذمة ، وعقد الذمة من مشرك العرب لايصح (وهى) أى أرض العرب ، أى حَدُّها (مابين العذيب) بضم العين المهملة وفتح الذال المعجمة ـ قرية من قرى الكوفة (إلى أقصى) أى آخر (حجر) بفتحتين ـ واحد الأحجار بمعنى الصخرة كما وقع التحديد به فى غير موضع (باليمن بمهرة) بفتح الميم وسكون الهاء ـ اسم موضع باليمن يسمى [باسم] مهرة بن حَيْدَان أبى قبيلة تنسب إليه الإبل المهرية ، فيكون قوله : «بمهرة» بدلا من قوله : «باليمن» كما فى النهاية (إلى حد الشام) وفى المغرب عن أبى يوسف فى الأمالى : حدود أرض العرب ماوراء حدود أرض الكوفة إلى أقصى صخرة باليمن ـ وهو مهرة ـ وقال الكرخى : هى أرض الحجاز وتهامة ، ومكة ، والطائف ، والبرِّية ـ يعنى : البادية ـ وقال محمد : أرض العرب من العذيب إلى مكة وعدن أبين إلى أقصى حجر باليمن بمهرة ، اه باختصار . وهذه العبارات متقاربة يفسر بعضها بعضا ؛ وعدن ـ بفتحين ـ بلدة باليمن تضاف إلى بانيها ؛ فيقال : عدن أبين كما فى المصباح .

(والسواد) : أى سواد العراق ، سمى سوادا لخضرة أشجاره وزروعه ، وهو الذى فتح على عهد سيدنا عمر ، فأقر أهله عليه ، ووضع على رقابهم الجزية ، وعلى أراضيهم

أَرْضُ خَرَاجٍ ، وَهُوَ : مَا بَيْنَ الْعُذَيْبِ إِلى عَقَبَةِ حُلْوانَ ، وَمِنَ الْعَلْثِ إِلى عَبَّادَانَ
وَأَرْضُ السَّوَادِ مَمْلُوكَةٌ لِأَهْلِهَا : يَجُوزُ بَيْعُهُمْ لَهَا ، وَتَصَرُّفُهُمْ فِيهَا .
وَكُلُّ أَرْضٍ أَسْلَمَ أَهْلُهَا عَلَيْهَا أَوْ فُتِحَتْ عَنْوَةً وَقُسِمَتْ

الخراج (أرض خراج) لأنه وظيفة أرض الكفار (وهى) أى أرض السواد ، حدها عرضا (ما بين العذيب) المتقدمة (إلى عقبة حلوان) بضم الحاء المهملة ، وسكون اللام — اسم بلدة مشهورة ، بينها وبين بغداد نحو خمس مراحل ، وهى طرف العراق من الشرق ، سميت باسم بانيها ، وهو حُلْوان بن عِمْران بن الحارث كما فى المصباح (و) حدها طولا (من العلث) بفتح العين المهملة ، وسكون اللام ، وآخره ثاء مثلثة — قرية موقفة على العلوية ، على شرق دجلة (إلى عبادان) بتشديد الباء الموحدة — حصن صغير على شط البحر . وقال فى المغرب : حده طولا من حديثة الموصل إلى عبادان ، وعرضا من العذيب إلى حلوان ، اهـ . وقال فى باب الحاء : حديثة الموصل: قرية ، وهى أول حد السواد طولا ، وحديثة الفرات : موضع آخر ، وقال فى باب الثاء : الثعلبية: من منازل البادية ، ووضعها موضع العلث فى حد السواد خطأ ، اهـ . والظاهر من كلامه : أن كلا من العلث وحديثة الموصل حد للسواد ، لكونهما متحاذيين : وأما التحديد بالثعلبية كما فى بعض الكتب فخطأ ، والله أعلم .

(وأرض السواد مملوكة لأهلها : يجوز بيعهم لها ، وتصرفهم فيها) ؛ لأن الإمام إذا فتح أرضا عنوة وقهراً كان بالخيار بين أن يقسمها بين الغانمين و بين أن يَمُنَّ بها على أهلها ويضع عليهم الجزية ، والخراج جباية المسلمين كما مر .

(وكل أرض أسلم أهلها) قبل أن يقدر عليها (أو فتحت عنوة وقسمت

بَيْنَ الغَانِمِينَ فَهِيَ أَرْضُ عُشْرٍ .

وكل أَرْضٍ فُتِحَتْ عَنْوَةً وأُقِرَّ أَهْلُهَا عَلَيْهَا فَهِيَ أَرْضُ خَرَاجٍ

وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا فَهِيَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ مُعْتَبَرَةٌ بِحَيِّزِهَا: فَإِنْ كَانَتْ مِنْ حَيِّزِ أَرْضِ الخَرَاجِ فَهِيَ خَرَاجِيَّةٌ ، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ حَيِّزِ أَرْضِ العُشْرِ فَهِيَ عُشْرِيَّةٌ ، وَالبَصْرَةُ عِنْدَهُ عُشْرِيَّةٌ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : إِنْ أَحْيَاهَا بِبِئْرٍ حَفَرَهَا

بين الغانمين فهى أرض عشر) ، لأنها وظيفة أرض المسلمين ؛ لما فيه من معنى العبادة .

(وكل أرض فتحت عنوة وأقر أهلها عليها) وكذا إذا صالحهم الإمام (فهى أرض خراج) ؛ لما مر أنه وظيفة أرض الكفار ، لما فيه من معنى العقوبة ، قال فى الهداية : ومكة مخصوصة من هذا ، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم فتحها عنوة وتركها لأهلها ، ولم يوظف الخراج ، اه .

(ومن أحيا) من المسلمين (أرضاً مواتاً) أى غير منتفع بها (فهى عند أبى يوسف معتبرة بحيزها) أى بما يقرب منها (فإن كانت من حيز أرض الخراج فهى خراجية ، وإن كانت من حيز أرض العشر فهى عشرية) لأن ماقارب الشيء يعطى حكمه ، كفناء الدار له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به (والبصرة عنده) أى عند أبى يوسف (عشرية بإجماع الصحابة) وكان القياس أن تكون عنده خراجية ، لأنها بحيز أرض الخراج ، إلا أن الصحابة رضوان الله تعالى عليهم وَظَّفُوا عليهم العشر ؛ فترك القياس لإجماعهم ، هداية (وقال محمد) تعتبر بشربها ؛ إذ هو السبب للنماء (إن أحياها) بماء السماء أو (ببئر حفرها

أَوْ عَيْنٍ اسْتَخْرَجَهَا أَوْ مَاءِ دِجْلَةَ أَوْ الفُرَاتِ أَوِ الأَنْهَارِ العِظَامِ التِي لاَ يَمْلِكُهَا أَحَدٌ فَهِيَ عُشْرِيَّةٌ ، وَإِنْ أَحْيَاهَا بِمَاءِ الأَنْهَارِ الَّتِي احْتَفَرَهَا الاعَاجِمُ مِثْلُ نَهْرِ المَلِكِ وَنَهْرِ يَزْدَجِرْدَ فَهِيَ خَرَاجِيَّةٌ ، وَالخَرَاجُ الَّذِي وَضَعَهُ عُمَرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ عَلَى أَهْلِ السَّوَادِ مِنْ كُلِّ جَرِيبٍ يَبْلُغُهُ المَاءُ قَفِيزٌ هَاشِمِيٌّ وَهُوَ الصَّاعُ وَدِرْهَمٌ ، وَمِنْ جَرِيبِ الرَّطْبَةِ خَمْسَةُ

أو عين استخرجها ، أو ماء دجلة أو الفرات ، أو الأنهار العظام التى لايملكها أحد) كسيحون وجيحون (فهى عشرية) لأنها مياه العشر (وإن أحياها بماء الأنهار التى احتفرها) أى شقها (الأعاجم) وذلك (مثل نهر الملك) كسرى أنو شروان ، وهو نهر على طريق الكوفة من بغداد ، وهو يستقى من الفرات ، مغرب (ونهر يزدجرد) بوزن يستعيب اسم ملك من ملوك العجم (فهى خراجية) قال فى التصحيح : واختار قول أبى يوسف الإمام المحبوبى والنسفى ، وصدر الشريعة ، اهـ .

(والخراج الذى وضعه) أمير المؤمنين (عمر بن الخطاب) رضى الله عنه (على السواد) هو (من كل جريب) بفتح الجيم التحتية وكسر الراء ـ قطعة أرض طولها ستون ذراعا وعرضها كذلك ، قالوا : والأصل فيه المكيال ، ثم سمى به المبذر ، مغرب (يبلغه الماء) ويصلح للزراعة (قفيز هاشمى) مما يزرع فيها كما فى شرح الطحاوى ، وقال الإمام ظهير الدين : من حنطة أو شعير (وهو) أى القفيز الهاشمى (الصاع) النبوى (ودرهم) عطف على « قفيز » من أجود النقود ، زيلعى (ومن جريب الرطبة) بفتح الراء ـ قال العينى : هى البرسيم ومثلها البقول (خمسة

دَرَاهِمَ ، ومِنْ جَرِيبِ الكَرْمِ المُتَّصِلِ وَالنَّخْلِ المُتَّصِلِ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ ، وَمَا سِوَى ذَلِكَ مِنَ الأَصْنَافِ يُوضَعُ عَلَيْهَا بِحَسَبِ الطَّاقَةِ ، فَإِنْ لَمْ تُطِقْ مَا وُضِعَ عَلَيْهَا نَقَصَهُمُ الإِمَامُ ،

دراهم ، ومن جريب الكرم) شجر العنب ، ومثله غيره (المتصل) بعضه ببعض بحيث تكون الأرض مشغولة به (والنخل المتصل) كذلك (عشرة دراهم) هذا هو المنقول عن عمر رضى الله عنه ، فإنه بعث عثمان بن حنيف رضى الله عنه حتى مسح سواد العراق، وجعل حُذَيفة عليه مُشرِفًا ، فبلغ ستا وثلاثين ألف ألف جريب ، ووضع ذلك على ماقلنا ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضوان الله تعالى عليهم من غير نكير ؛ فكان ذلك إجماعا منهم ، ولأن المؤن متفاوتة ، والكرم أخفها مؤنة والمزارع أكثرها مؤنة ؛ والرطاب بينهما ؛ والوظيفة تتفاوت بتفاوتها ؛ فجعل الواجب فى الكرم أعلاها ، وفى الزرع أدناها ، وفى الرطبة أوساطها ؛ هداية . قيد بالاتصال لأنها إذا كانت متفرقة بجوانب الأرض ووسطها مزروع لا شىء فيها ، وكذا لو غَرَسَ أشجاراً غير مثمرة كما فى البحر (وماسوى ذلك من) بقية (الأصناف) مما ليس فيه توظيف الإمام عمر رضى الله عنه كالبستان — وهو كل أرض يحوطها حائط، وفيها أشجار متفرقة يمكن الزرع تحتها — فلو ملتفة ، أى : متصلة لايمكن زراعة أرضها ، فهو كرم كما فى الدر (يوضع عليها بحسب الطاقة) ؛ لأن الإمام رضى الله تعالى عنه إنما اعتبر فيما وظف الطاقة ، فنعتبرها فيما لاتوظيف فيه ، وغاية الطاقة نصف الخارج ، لأن التنصيف عين الإنصاف ؛ فلا يزاد عليه و إن أطاقت ، وتمامه فى الكافى (فإن لم تطق ما وضع عليها) بأن لم يبلغ الخارج ضعف الخراج (نقصهم الإمام) إلى قدر الطاقة وجوبا ، وينبغى أن لا يزاد على النصف ، ولا ينقص عن الخمس ، كما فى الدر عن الحدادى .

وَإِنْ غَلَبَ الْمَاءُ عَلَى أَرْضِ الْخَرَاجِ أَوِ انْقَطَعَ عَنْهَا أَوْ اصْطَلَمَ الزَّرْعَ آفَةٌ فَلَا خَرَاجَ عَلَيْهِمْ ، وَإِنْ عَطَّلَهَا صَاحِبُهَا فَعَلَيْهِ الْخَرَاجُ

وَمَنْ أَسْلَمَ مِنْ أَهْلِ الْخَرَاجِ أُخِذَ مِنْهُ الْخَرَاجُ عَلَى حَالِهِ

وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ الْمُسْلِمُ أَرْضَ الْخَرَاجِ مِنَ الذِّمِّيِّ ، وَيُؤْخَذُ مِنْهُ الْخَرَاجُ ،

(وإن غلب الماء على أرض الخراج) حتى منع زراعتها (أو انقطع) الماء (عنها ، أو اصطلم) أى استأصل(الزرع آفة) سماوية لا يمكن الاحتراز عنها كغرق وحرق وشدة برد (فلا خراج عليهم) لفوات التمكن من الزراعة ، وهو النماء التقديرى المعتبر فى الخراج ، حتى لو بقى من السنة ما يمكن الزرع فيه ثانياً وجب لوجود التمكن . قيدنا الآفة بالسماوية التى لا يمكن الاحتراز عنها لأنها إذا كانت غير سماوية ويمكن الاحتراز عنها كأكل القردة والسباع والأنعام لا يسقط ، وقيد الاصطلام للزرع لأنه لو كان بعد الحصاد لا يسقط ، وتمامه فى البحر (وإن عطلها صاحبها)مع إمكان زراعتها (فعليه الخراج)لوجود التمكن ، وهذا إذا كان الخراج موظفاً ؛ أما إذا كان خراج مقاسمة فإنه لا يجب عليه شىء كما فى الجوهرة عن الفوائد .

(ومن أسلم من أهل الخراج ، أخذ منه الخراج على حاله) ؛ لأن الأرض قد اتصفت بالخراج ؛ فلا تتغير بتغير المسالك .

(ويجوز أن يشترى المسلم أرض الخراج من الذمى) اعتبارا بسائر أملاكه (ويؤخذ منه) أى المسلم (الخراج) الذى عليها ؛ لالتزامه ذلك دلالة ، قال فى الهداية : وقد صح أن الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اشتروا أراضى الخراج ، وكانوا

وَلاَ عُشْرَ فِي الْخَارِجِ مِنْ أَرْضِ الْخَرَاجِ.

وَالْجِزْيَةُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: جِزْيَةٌ تُوضَعُ بِالتَّرَاضِي وَالصُّلْحِ، فَتُقَدَّرُ بِحَسَبِ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الِاتِّفَاقُ، وَجِزْيَةٌ يَبْتَدِىءُ الْإِمَامُ وَضْعَهَا إِذَا غَلَبَ عَلَى الْكُفَّارِ وَأَقَرَّهُمْ عَلَى أَمْلَاكِهِمْ، فَيَضَعُ عَلَى الْغَنِيِّ الظَّاهِرِ الْغِنَى فِي كُلِّ سَنَةٍ ثَمَانِيَةً وَأَرْبَعِينَ دِرْهَماً يَأْخُذُ مِنْهُ فِي كُلِّ شَهْرٍ أَرْبَعَةَ دَرَاهِمَ.

يؤدون خراجها؛ فدل ذلك على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم، من غير كراهة، اهـ.

(ولا عشر فى الخارج من أرض الخراج)؛ لأن الخراج يجب فى أرض فتحت عَنْوة وقهراً، والعشر فى أرض أسلم أهلها طوعاً، والوصفان لايجتمعان فى أرض واحدة، وسبب الحقين واحد — وهوالأرض النامية — إلاأنه يعتبر فىالعشر تحقيقاً وفى الخراج تقديراً، ولهذا يضافان إلى الأرض، وتمامه فى الهداية.

(والجزية) بالكسر — وهى: اسم لمايؤخذ من أهل الذمة؛ لأنها تجزىء من القتل: أى تعصم، والجمع جِزَى كلحية ولِحًى (على ضربين) الضرب الأول (جزية توضع بالتراضى والصلح) قبل قهرهم والاستيلاء عليهم (فتقدر بحسب) أى بقدر (مايقع عليه الاتفاق)، لأن الموجب هو التراضى، فلا يجوز التعدى إلى غيره، تحرزاً عن الغدر بهم (و) الضرب الثانى (جزية يبتدىء الإمام وضعها إذا غلب) الإمام (على الكفار) واستولى عليهم (وأقرهم على أملاكهم) لما مر أنه مخير فى عقارهم (فيضع على الغنى الظاهر الغنى) وهو من يملك عشرة آلاف درهم فصاعدا (فى كل سنة ثمانية وأربعين درهما) مُنَجَّمة على الأشهر (يأخذ فى كل شهر أربعة دراهم) وهذا لأجل التسهيل عليه، لابيان الوجوب، لأنه بأول الحول كما

وَعَلَى الْمُتَوَسِّطِ الْحَالِ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ دِرْهَمًا فِي كُلِّ شَهْرٍ دِرْهَمَيْنِ ، وَعَلَى الْفَقِيرِ الْمُعْتَمِلِ اثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا فِي كُلِّ شَهْرٍ دِرْهَمًا .

وَتُوضَعُ الْجِزْيَةُ عَلَى أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمَجُوسِ وَعَبَدَةِ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَجَمِ ، وَلَا تُوضَعُ عَلَى عَبَدَةِ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَرَبِ وَلَا عَلَى الْمُرْتَدِّينَ ،

فى البحر عن الهداية (و) يضع (على المتوسط الحال) وهو من يملك مائتى درهم فصاعدا (أربعة وعشرين درهما) منجمة أيضاً (فى كل شهر درهمين ، و) يضع (على الفقير) وهو من يملك مادون المائتين ، أولا يملك شيئاً (المعتمل اثنى عشر درهما) مُنَجَّمة أيضاً (فى كل شهر درهما) قال فى البحر : وظاهر كلامهم أن حد الغنى والتوسط والفقر لم يذكر فى ظاهر الرواية ، ولذا اختلف المشايخ فيه ، وأحسن الأقوال ما اختاره فى شرح الطحاوى ، ثم ذكر عبارته بمثل ماذكرناه .

(وتوضع الجزية على أهل الكتاب) شامل لليهودى والنصرانى ، ويدخل فى اليهود السامرية ؛ لأنهم يدينون بشريعة موسى عليه الصلاة والسلام ، إلا أنهم يخالفونهم فى فروع ، ويدخل فى النصارى الفرنج والأرمن ، وفى الخانية : وتؤخذ الجزية من الصابئة عند أبى حنيفة ، خلافاً لهما ، بحر (والمجوس) ولو من العرب لوضعه صلى الله عليه وسلم على مجوس هجر ، والمجوس : جمع مجوسى ، وهو من يعبد النار (وعبدة الأوثان) جمع وثن وهو الصنم ، إذا كانوا (من العجم) لجواز استرقاقهم ، فجاز ضرب الجزية عليهم .

(ولا توضع على عبدة الأوثان من العرب) ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم نشأ بين أظهرهم ، ونزل القرآن بلغتهم ، فكانت المعجزة أظهر فى حقهم فلم يعذروا فى كفرهم (ولا) على (المرتدين) ، لكفرهم بعد الهداية للاسلام فلا يقبل منهما إلا الإسلام

وَلاَ جِزْيَةَ عَلَى امْرأَةٍ ، وَلا صَبِيٍّ ، وَلاَ زَمِنٍ ، وَلاَ أَعْمى ، وَلاَ فَقِيرٍ غَيْرِ مُعْتَمِلٍ ، وَلا الرُّهْبَانِ الَّذِينَ لاَ يُخَالِطُونَ النَّاسَ .

أو الحسام ، وإذا ظهرنا عليهم فنساؤهم وذراريهم فيء ؛ لأن أبا بكر رضى الله تعالى عنه استرقّ نسوان بنى حنيفة وصبيانهم لما ارتدّوا وقسمهم بين الغانمين ، هداية .

(ولا جزية على امرأة ولا صبي) ولا مجنون ولا معتوه (ولا زمن ، ولا أعمى) ولا مفلوج ولا شيخ كبير ؛ لأنها وجبت بدلا عن القتال ، وهم لا يقتلون ولا يقاتلون لعدم الأهلية (ولا فقير غير معتمل) أى مكتسب ولو بالسؤال ، لعدم الطاقة ، فلو قدر على ذلك وضع عليه ، قهستانى (ولا على الرهبان الذين لا يخالطون الناس) ؛ لأنهم إذا لم يخالطوا الناس لا قَتْلَ عليهم ، والأصل فى ذلك : أن الجزية لإسقاط القتل ، فمن لا يجب عليه القتل لا توضع عليه الجزية ، وتمامه فى الاختيار[1] ، ولا توضع على المملوك ، ولا المكاتب ، ولا المدبَّر ، ولا أم الولد ، لعدم الملك ، ولا يؤدى عنهم مواليهم ، لتحملهم الزيادة بسببهم . والعبرة فى الأهلية وعدمها وقت وضع الإمام ، فمن أفاق أو أعتق أو بلغ أو برأ بعد وضع الإمام لم توضع عليه حتى تمضى تلك السنة ، كما فى الاختيار[2] .

---

(١) قال فى الاختيار : « ولا جزية على الرهبان المنعزلين ، ولا على فقير غير معتمل ، والمراد الرهبان الذين لا يقدرون على العمل والسياحين ونحوهم . أما إذا كانوا يقدرون على العمل فيجب عليهم وإن اعتزلوا وتركوا العمل ؛ لأنهم يقدرون على العمل فصاروا كالمعتملين إذا تركوا العمل ، فتؤخذ منهم الجزية ، ونظيره تعطيل أرض الخراج » اهـ

(٢) قال : « ولو أدرك الصبي أو أفاق المجنون أو عتق العبد أو برأ المريض قبل وضع الإمام الجزية وضع عليهم ، ولو بعد وضع الجزية لا توضع عليهم ، لأن المعتبر أهليتهم عند الوضع لأن الإمام يحرج (يناله الحرج) فى تعرف حالهم فى كل وقت ، ولم يكونوا أهلا وقت الوضع ، بخلاف الفقير إذا أيسر بعد الوضع حيث يوضع عليه ، لأن الفقير أهل الجزية ، وإنما سقطت عنه للعجز وقد زال » اهـ .

وَمَنْ أَسْلَمَ وَعَلَيْهِ جِزْيَةٌ سَقَطَتْ عَنْهُ ، وَإِنِ اجْتَمَعَ حَوْلاَنِ تَدَاخَلَتِ الجِزْيَةُ .

وَلاَ يَجُوزُ إِحْدَاثُ بِيعَةٍ ولاَ كَنِيسَةٍ فِى دَارِ الإِسْلاَمِ ، وَإِذَا انْهَدَمَتِ الكَنَائِسُ .

(ومن أسلم وعليه جزية) ولو بعد تمام الحول (سقطت عنه) ؛ لأنها تجب على وجه العقوبة فتسقط بالإسلام كالقتل ، وكذا إذامات ؛ لأن شرع العقوبة فى الدنيا لا يكون إلا لدفع الشر ، وقد اندفع بالموت ، وتمامه فى الهداية (وإن اجتمع عليه) أى على الذمى (حولان) فأكثر (تداخلت الجزية) ؛ لأنها عقوبة ، والعقوبات إذا اجتمعت تداخلت كالحدود[1] ، وقيل : خراج الأرض على هذا الخلاف ، هداية

(ولا يجوز إحداثُ بيعة) بكسر الباء (ولا كنيسة) لا صومعة ، ولا بيت نار ولا مقبرة (فى دار الإسلام) قال فى النهاية : يقال كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدهم وكذلك البيعة كان مطلقاً فى الأصل ، ثم غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود ، والبيعة لمتعبد النصارى ، اهـ . قال فى الفتح : وفى ديار مصر لا يستعمل لفظ البيعة ، بل الكنيسة لمتعبد الفريقين ، ولفظ الدير للنصارى خاصة ، اهـ . ومثله فى الديار الشامية ، ثم إطلاق دار الإسلام يشمل الأمصار والقرى ، وهو المختار كما فى الفتح (وإذا انهدمت الكنائس

---

(١) تداخل الجزية ـ بحيث إذا اجتمع على من وجبت عليه جزية سنتين لم تؤخذ إلا لسنة واحدة ـ هو مذهب أبى حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف ومحمد : تجب لجميع ما مضى ، لأن مضي المدة لا تأثير له فى إسقاط الواجب كالديون ، ولأبى حنيفة ما أشار إليه الشارح ، وحاصله أن الجزية عقوبة على الكفر ، والأصل فى العقوبات التداخل كالحدود ، وأيضا فإنما شرعت الجزية لزجر الكفار ، ولا يتصور الزجر عن الزمن الماضى .

وَالْبِيَعُ الْقَدِيمَةُ أَعَادُوهَا .

وَيُؤْخَذُ أَهْلُ الذِّمَّةِ بِالتَّمَيُّزِ عَنِ الْمُسْلِمِينَ فِي زِيِّهِمْ وَمَرَاكِبِهِمْ وَسُرُوجِهِمْ وَقَلَانِسِهِمْ ، ولا يَرْكَبُونَ الْخَيْلَ ، ولا يَحْمِلُونَ السِّلَاحَ .

وَمَنِ امْتَنَعَ مِنْ أَدَاءِ الْجِزْيَةِ ، أَوْ قَتَلَ مُسْلِمًا ، أَوْ سَبَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ .

والبيع القديمة أعادوها) حكم ما كانت، من غير زيادة على البناء الأول ، ولا يعدل عن النقض الأول إن كفى ، وتمامه فى شرح الوهبانية ؛ لأن الأبنية لاتبقى دائماً ، ولما أقرهم الإمام فقدعهد إليهم الإعادة ، إلا أنهم لا يمكنون من نقلها ، لأنها إحداث فى الحقيقة ، هداية .

(ويؤخذ أهل الذمة) : أى يكلفون ويلزمون (بالتميز عن المسلمين فى زيهم) بكسر أوله — لباسهم وهيآتهم (ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم) ولا يهانون ولا يبدءون بالسلام ، ويضيق عليهم الطريق ؛ فلو لم يكن له علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين ، وذلك لا يجوز (ولا يركبون الخيل، ولا يحملون) وفى بعض النسخ يتجملون (السلاح) أى لا يمكنون من ذلك ، لأن فى ذلك توسعة عليهم وتقوية لشوكتهم ، وهو خلاف اللازم عليهم ، ويمنعون من لبس العمائم وزنار الإبريسم والثياب الفاخرة والمختصة بأهل العلم والشرف ، ويظهرون الكستيجات — بضم الكاف — جمع كستيج ، فارسى معرب : الزنار من صوف أو شعر ، بحيث يكون فى غلظ أصبع فوق الثياب ، ويجب أن تميز نساؤهم عن نسائنا فى الطرقات والحمامات ، ويجعل على دورهم علامات، وتمامه فى الأشباه فى أحكام الذمى.

(ومن امتنع) من أهل الذمة (من أداء الجزية، أو قتل مسلماً) أوفتنه عن دينه أو قطع الطريق (أوسب النبى صلى الله عليه وسلم) و القرآن ، أو دين الإسلام

أَوْ زَنَى بِمُسْلِمَةٍ لَمْ يُنْقَضْ عَهْدُهُ ، وَلا يَنْتَقِضُ العَهْدُ إلا بِأَنْ يَلْحَقَ بِدَارِ الْحَرْبِ ، أَوْ يَغْلِبُوا عَلَى مَوْضِعٍ فَيُحَارِبُونَا .

وَإِذَا ارْتَدَّ الْمُسْلِمُ عنِ الْإِسْلامِ عُرِضَ عَلَيْهِ الْإِسْلَامَ ، فإِنْ كانَتْ لَهُ شُبْهَةٌ كُشِفَتْ لَهُ ، وَيُحْبَسُ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ ، فَإِنْ أَسْلَمَ .

(أو زنى بمسلمة لم ينقض عهده) ؛ لأن كفره المقارن لم يمنع العهد ، فالطارىء لا يرفعه ؛ فتؤخذ منه الجزية جبراً إذا امتنع من أداء الجزية ، ويستوفى منه القصاص إذا قتل ، ويقام عليه الحد إذا زنى ، ويؤدَّبُ ويعاقب على السب ، حاوى وغيره . واختار بعض المتأخرين قتله ، وتبعه ابن الهمام ، وأفتى به الخير الرملى ، قال فى الدر : ورأيت فى معروضات المفتى أبى السعود أنه ورد أمر سلطانى بالعمل بقول أئمتنا القائلين بقتله إن ظهر أنه معتاده ، وبه أفتى ، وتمامه فيه (ولا ينتقض العهد) أى : عهد أهل الذمة (إلا بأن يلحق) أحدهم (بدار الحرب ، أو يغلبوا على موضع فيحاربونا) لأنهم صاروا حَرْباً علينا فيعرى عقد الذمة عن الإفادة ، وهو دفع شر الحراب ؛ فينقض عهدهم ، ويصيرون كالمرتدين ، إلا أنه لو أسر واحد منهم يسترقُّ ، والمرتدُّ يقتل ، ولا يجبر على قبول الذمة ، والمرتد يجبر على الإسلام .

ولما أنهى الكلام على الذمى أخذ فى بيان أحكام المرتد ، وهو الراجع عن الإسلام ، فقال : (وإذا ارتد المسلم عن الإسلام) والعياذ بالله تعالى (عرض عليه الإسلام) استحبابا على المذهب ؛ لبلوغه الدعوة ، در (فإن كانت له شبهة كشفت له) بيان لثمرة العرض ؛ إذ الظاهر أنه لا يرتد إلا من له شبهة ، (ويحبس ثلاثة أيام) ندبا ، وقيل : إن استمهل وجوبا ، وإلا ندبا ، ويعرض عليه الإسلام فى كل يوم (فإن أسلم) فبها ، وكذا لو ارتد ثانيا ، لكنه يضرب ؛

وَإِلاَّ قُتِلَ ، فَإِنْ قَتَلَهُ قَاتِلٌ قَبْلَ عَرْضِ الْإِسْلَامِ عَلَيْهِ كُرِهَ لَهُ ذَلِكَ ، وَلاَ شَيْءَ عَلَى الْقَاتِلِ ، فَأَمَّا الْمَرْأَةُ إِذَا ارْتَدَّتْ فَلاَ تُقْتَلُ ، وَلَكِنْ تُحْبَسُ حَتَّى تُسْلِمَ . وَيَزُولُ مِلْكُ الْمُرْتَدِّ عَنْ أَمْوَالِهِ بِرِدَّتِهِ زَوَالاً مُرَاعًى .

فإن عاد يضرب ويحبس حتى تظهر عليه التوبة ، فإن عاد فكذلك ، تتارخانية ، قال في الهداية : وكيفية توبته أن يتبرأ عن الأديان كلها سوى الإسلام ، ولو تبرأ عما انتقل إليه كفاه ؛ لحصول المقصود ، اه (وإلا) أي : وإن لم يسلم (قتل) لحديث : « من ترك دينه فاقتلوه » (فإن قتله قاتل قبل عرض الإسلام عليه كره له ذلك) تنزيها أو تحريما على ما مر من حكم العرض (ولا شيء على القاتل) ؛ لقتله مباح الدم .

(وأما المرأة إذا ارتدت فلا تقتل) ؛ لنهيه صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء ، من غير تفرقة بين الكافرة الأصلية والمرتدة (ولكن تحبس حتى تُسْلِم) لامتناعها عن إيفاء حق الله تعالى بعد الإقرار ، فتجبر على الإيفاء بالحبس كما في حقوق العباد ، هداية .

(ويزول ملك المرتد عن أمواله بردته) ؛ لزوال عصمة دمه ، فكذا عصمة ماله . قال جمال الإسلام : وهذا قول أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا يزول ، والصحيح قول الإمام ، وعليه مشى الإمام البرهاني ، والنسفي ، وغيرهما ، تصحيح . وإنما يزول ملكه عند أبي حنيفة (زوالا مراعى) أي موقوفا إلى أن يتبين حاله ؛ لأن حاله متردد بين أن يسلم فيعود إلى العصمة ، وبين أن يثبت على ردته

فَإِنْ أَسْلَمَ عَادَتْ عَلَى حَالِهَا ، وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ انْتَقَلَ مَا كَانَ اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الْإِسْلَامِ إِلَى وَرَثَتِهِ الْمُسْلِمِينَ ، وَكَانَ مَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ رِدَّتِهِ فَيْئًا ، فَإِنْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا وَحَكَمَ الْحَاكِمُ بِلَحَاقِهِ عَتَقَ مُدَبَّرُوهُ وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ وَحَلَّتِ الدُّيُونُ الَّتِي عَلَيْهِ ، وَنُقِلَ مَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الْإِسْلَامِ إِلَى وَرَثَتِهِ الْمُسْلِمِينَ ،

فيقتل (فإن أسلم عادت) حرمة أمواله (على حالها) السابق ، وصار كأنه لم يرتد (وإن مات ، أو قتل على ردته) أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه (انتقل ما كان اكتسبه فى حال إسلامه إلى ورثته المسلمين) ؛ لوجوده قبل الردة ، فيستند الإرث إلى آخر جزء من أجزاء إسلامه ؛ لأن ردته بمنزلة موته ، فيكون توريث المسلم من المسلم (وكان ما اكتسبه فى حال ردته فيئا) للمسلمين ، فيوضع فى بيت المال ؛ لأن كسبه حال ردته كسب مباح الدم ليس فيه حق لأحد ، فكان فيئا كمال الحربى. قال الزاهدى : وهذا عند أبى حنيفة ، وقالا : كلاهما لورثته ، والصحيح قول الإمام ، واختار قوله البرهانى ، والنسفى ، وصدر الشريعة ، تصحيح .

(وإن لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه) من ثلث ماله (وأمهات أولاده) من كل ماله ، وأما مكاتبه فيودى مال الكتابة إلى ورثته ويكون ولاؤه للمرتد ، كما يكون للميت ، جوهرة (وحلت الديون التى عليه ونقل ما) كان (اكتسبه فى حال الإسلام إلى ورثته المسلمين) ، لأنه باللحاق صار من أهل الحرب ، وهم أموات فى حق أحكام المسلمين ؛ لانقطاع ولاية الإلزام ، كما هى منقطعة عن الموتى ، فصار كالموت ، إلا أنه لا يستقر لحاقه إلا بقضاء القاضى لاحتمال العود إلينا ، فلابد من القضاء ، وإذ تقرر موته ثبتت الأحكام المتعلقة به ، وهى

وَتُقْضَى الدُّيُونُ التى لَزِمَتْهُ فى حَالِ الإِسْلاَمِ مِمَّا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الإِسْلاَمِ ، وَمَا لَزِمَهُ مِنَ الدُّيُونِ فِي حَالِ رِدَّتِهِ مِمَّا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ رِدَّتِهِ ، وَمَا بَاعَهُ أَوِ اشْتَرَاهُ أَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ مِنْ أَمْوَالِهِ فِي حَالِ رِدَّتِهِ مَوْقُوفٌ : فَإِنْ أَسْلَمَ صَحَّتْ عُقُودُهُ ، وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ بَطَلَتْ .

ما ذكرناه في الموت الحقيقى ، ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه فى قول محمد ، لأن اللحاق هو السبب ، والقضاء لتقرره يقطع لاحتمال ، وقال أبو يوسف : وقت القضاء ؛ لأنه يصير موتا بالقضاء ، والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب فهى على هذا ، هداية .

(وتقضى الديون التى لزمته فى حال الإسلام مما اكتسبه فى حال الإسلام ، وما لزمه من الديون فى حال ردته) يقضى (مما اكتسبه فى حال ردته) قال فى الجوهرة : وهذه رواية عن أبى حنيفة ، وهى قول زفر ، وعن أبى حنيفة : أن ديونه كلها فيما اكتسبه فى حال الردة خاصة ، فإن لم يف به كان الباقى فيما اكتسبه فى حال الإسلام ، لأن كسب الإسلام حق الورثة ، وكسب الردة خالص حقه ، فكان قضاء الدين منه أولى ، إلا إذا تعذر ، بأن لم يف به ، فحينئذ تقضى من كسب الإسلام ، تقديماً لحقه ، هداية

(وما باعه) المرتد (أو اشتراه) أو أعتقه أو رهنه (أو تصرف فيه من أمواله فى حال ردته) فهو (موقوف) إلى أن يتبين حاله (فإن أسلم صحت عقوده) ، لما مر أنه يصير كأنه لم يرتد (وإن مات أو قتل) على ردته (أو لحق بدار الحرب) وحكم بلحاقه (بطلت) عقوده كلها ، لأن بطلان عصمته أوجب خللاً فى الأهلية ، وهذا عند أبى حنيفة ، وقالا : يجوز ماصنع فى الوجهين ، لوجود الأهلية ، لكونه مخاطباً ، والملك لقيامه قبل موته ، والصحيح قول الإمام كما سبق .

وَإِنْ عَادَ الْمُرْتَدُّ بَعْدَ الْحُكْمِ بِلَحَاقِهِ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ مُسْلِمًا ، فَمَا وَجَدَهُ فِي يَدِ وَرَثَتِهِ مِنْ مَالِهِ بِعَيْنِهِ أَخَذَهُ .

وَالْمُرْتَدَّةُ إِذَا تَصَرَّفَتْ فِي مَالِهَا فِي حَالِ رِدَّتِهَا جَازَ تَصَرُّفُهَا .

وَنَصَارَى بَنِي تَغْلِبَ يُؤْخَذُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ ضِعْفُ مَا يُؤْخَذُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ مِنَ الزَّكَاةِ ،

قال فى الهداية : واعلم أن تصرفات المرتد على أقسام ؛ نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق ؛ لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك وتمام الولاية ؛ و باطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة ؛ لأنه يعتمد الملة ولا ملة له ، وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة ؛ لأنها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد مالم يسلم ؛ ومختلف فى توقفه ، وهو ماعددناه . اه .

(وإن عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه إلى دار الإسلام مسلماً فما وجده فى يد ورثته) أو فى بيت المال (من ماله بعينه أخذه) لأن الوارث أو بيت المال إنما يخلفه لاستغنائه ؛ فإذا عاد مسلماً احتاج إليه ، فيقدم عليه لأنه ملك عليه بغير عوض، فصار كالهبة قيد بما بعد الحكم لأنه إذا عاد قبله فكأنه لم يرتد كما مر ، و بالمال لأن أمهات أولاده ومدبريه لا يعودون إلى الرق ، و بوجوده بعينه لأن الوارث إذا أزاله عن ملكه لا يرجع عليه ؛ لأن القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض كما فى الهداية

(والمرتدة إذا تصرفت فى مالها فى حال ردتها جاز تصرفها) ؛ لأن ردتها لا تزيل عصمتها فى حق الدم ، ففى حق المال بالأولى .

(ونصارى بنى تغلب) بن وائل ، من العرب من ربيعة ، تنصروا فى الجاهلية وصاروا ذمة للمسلمين (يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكاة)

وَيُؤْخَذُ مِنْ نِسَائِهِمْ ، وَلاَ يُؤْخَذُ مِنْ صِبْيَانِهِمْ .

وَمَا جَبَاهُ الإِمَامِ مِنْ الْخَرَاجِ وَمِنْ أَمْوَالِ بَنِي تَغْلِبَ وَمَا أَهْدَاهُ أَهْلُ الحَرْبِ إِلَى الأَمَامِ والْجِزْيَةُ تُصْرَفُ فِي مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ : فَتُسَدُّ مِنْهَا الثُّغُورُ، وَتُبْنَى الْقَنَاطِرُ والْجُسُورُ ، ويُعْطَى قُضَاةُ الْمُسْلِمِينَ وعُمَّالُهمْ وعُلَمَاؤُهُمْ مِنْهُ مَا يَكْفِيهِمْ ، ويُدْفَعُ مِنْهُ أَرْزَاقُ الْمُقَاتِلَةِ وذَرَارِيهِمْ .

لأن الصلح وقع كذلك (ويؤخذ من نسائهم ، ولا يؤخذ من صبيانهم) ؛ لأن الصلح على الصدقة المضاعفة ، والصدقة تجب عليهن دون الصبيان ؛ فكذا المضاعف

(وماجباه الإمام من الخراج ومن أموال بنى تغلب) لأنه جزية (وماأهداه أهل الحرب إلى الإمام ، والجزية) وماأخذ منهم من غير حرب ، ومنه تركة ذمى (تصرف فى مصالح المسلمين) العامة (فتسد منها الثغور) جمع ثغر - كفلس - هو موضع المخافة من فروج البلدان، صحاح (وتبنى) منها (القناطر) جمع قنطرة : مايعبر عليها النهر ولا ترفع (والجسور) جمع جسر - بكسر الجيم وفتحها - مايعبر عليه ويرفع كما فى البحر عن العناية (ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم) كمفت ، ومحتسب ومرابط (وعلماؤهم منه ما يكفيهم) وذراريهم (ويدفع منه) أيضا (أرزاق المقاتلة وذراريهم) ؛ لأن هذه الأموال حصلت بقوة المسلمين من غير قتال ؛ فكانت لهم معدة لمصالحهم العامة ، وهؤلاء عملتهم ، ونفقة الذرارى على الآباء ، فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا إلى الاكتساب ؛ فلا يتفرغون لتلك الأعمال .

ولما أنهى الكلام على أحكام المرتدين أخذ فى الكلام على أحكام البغاة

والبغاة : جمع باغ ، من بغى على الناس ، ظلم واعتدى ، وفى عرف الفقهاء : الخارج عن طاعة الإمام الحق بغير حق ، كما فى التنوير .

باب البغاة

وَإِذَا تَغَلَّبَ قَوْمٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ عَلَى بَلَدٍ وَخَرَجُوا عَنْ طَاعَةِ الْإِمَامِ دَعَاهُمْ إِلَى الْعَوْدِ إِلى الجَمَاعَةِ ، وكَشَفَ عَنْ شُبْهَتِهِمْ ، ولاَ يَبْدَؤُهُمْ بِالْقِتَالِ حَتَّى يَبْدَءُوهُ ، فإِنْ بَدَءُوا قَاتَلَهُمْ حَتَّى يُفَرِّقَ جَمْعَهُمْ

باب البغاة

(وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد) قيد بالمسلمين لأن أهل الذمة إذا غلبوا على موضع للحراب صاروا أهل حرب كما مر (وخرجوا عن طاعة الإمام) أو طاعة نائبه ، قال فى الخانية من السير : قال علماؤنا : السلطان يصير سلطانا بأمرين : بالمبايعة معه ويعتبر فى المبايعة مبايعة أشرافهم وأعيانهم ، والثانى : أن ينفذ حكمه فى رعيته خوفا من قهره وجبروته ، فإن بايع الناس ولم ينفذ حكمه فيهم لعجزه عن قهرهم لا يصير سلطانا فإن صار سلطانا بالمُبَايعة فجار: إن كان له قهر وغلبة لا ينعزل ؛ لأنه لو انعزل يصير سلطانا بالقهر والغلبة فلا يفيد ، وإن لم يكن له قهر وغلبة ينعزل. اهـ (دعاهم) أى الإمام أو نائبه استحبابا (إلى العود إلى الجماعة) والطاعة (وكشف عن شبهتهم) إن أبدوا شبهة ، لعل الشر يندفع به (ولا يبدؤهم بقتال حتى يبدءوه) إبلاء للعذر، وإقامة للحجة عليهم ، ولذا بعث على رضى الله عنه إلى أهل حروراء من يناظرهم قبل القتال (فإن بدءوا) بالقتال (قاتلهم حتى يفرق جمعهم) قال فى الهداية : هكذا ذكر القدورى فى مختصره ، وذكر الإمام المعروف بخواهر زاده أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا لأن الحكم يُدَار مع الدليل وهو الاجتماع والامتناع ، وهذا لأنه لو انتظر الإمام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع ؛ فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم ، وإذا بلغه أنهم يشترون السلاح ويتهيئون للقتال ينبغى أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك

فَإِنْ كَانَتْ لَهُمْ فِئَةٌ أَجْهَزَ عَلَى جَرِيحِهِمْ واتَّبَعَ مُوَلِّيَهُمْ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ فِئَةٌ لَمْ يُجْهِزْ عَلَى جَرِيحِهِمْ وَلَمْ يَتَّبِعْ مُوَلِّيَهُمْ ، ولا تُسْبَى لَهُمْ ذُرِّيَّةٌ ، ولا يُغْنَمُ لَهُمْ مَالٌ .

ولاَ بَأْسَ أَنْ يُقَاتَلُوا بِسِلاَحِهِم إِنِ احْتَاجَ الْمُسْلِمُونَ إِلَيْهِ ، ويَحْبِسُ الإمامُ أَمْوَالَهمْ ، ولا يَرُدُّهَا عَلَيْهِمْ ، ولا يَقْسِمُهَا حَتَّى يَتُوبُوا فَيَرُدَّهَا

ويحدثوا توبة ؛ دفعاً للشر بقدر الإمكان ، والمروى عن أبى حنيفة من لزوم البيت محمول على حال عدم الإمام ، أما إعانة الإمام الحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة ، اه (فإن كانت) البغاة (لهم فئة) أى طائفة يلتحقون بها أو حصن يلتجئون إليه (أجهز على جريحهم) أى : تمم قتله ، قال فى الصحاح : أجهزت على الجريح ، إذا أسرعت قتله وقد تممت عليه (واتبع موليهم) أى : هاربهم ، دفعاً لشرهم كيلا يلحقا بهم أى بفئتهم أو يلتجئا إلى حصنهم (وإن لم يكن لهم فئة) ولا حصن (لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم) ، لأن المقصود تفريق جمعهم وتبديد شملهم وقد حصل ، فلا داعى لقتالهم . وفيه إشعار بأنه لو أسر أحد منهم لم يقتله إن لم يكن له فئة ، وإلا قتله كما فى المحيط ، قهستانى (ولا تسبى لهم ذرية) ولا نساء (ولا يقسم لهم مال) لأنهم مسلمون والإسلام يعصم النفس والمال (ولا بأس أن يقاتلوا) بالبناء للمجهول ــ أى البغاة (بسلاحهم) ويرتفق بكراعهم (إن احتاج المسلمون) أى المطيعون (إليه) لأن للامام أن يفعل ذلك فى مال العادل عند الحاجة ، ففى مال الباغى أولى (ويحبس الإمام أموالهم) دفعاً لشرهم باستعانتهم به على القتال ، إلا أنه يبيع الكراع لأن حبس الثمن أنظر وأيسر ، هداية (ولا يردها عليهم ، ولا يقسمها) بين الغانمين ، لما مر أن أموالهم لا تغنم ، ولكنها تحبس (حتى يتوبوا فيردها عليهم) لزوال بغيهم .

وَمَا جَبَاهُ أَهْلُ الْبَغْيِ مِنَ الْبِلَادِ الَّتِي غَلَبُوا عَلَيْهَا مِنَ الْخَرَاجِ وَالْعُشْرِ لَمْ يَأْخُذْهُ الْإِمَامُ ثَانِياً ، فَإِنْ كَانُوا صَرَفُوهُ فِي حَقِّهِ أَجْزَأَ مَنْ أُخِذَ مِنْهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا صَرَفُوهُ فِي حَقِّهِ أَفْتَى أَهْلَهُ فِيمَا بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى أَنْ يُعِيدُوا ذَلِكَ .

كتاب الحظر والإباحة

(وما جباه أهل البغى من البلاد التى غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الإمام ثانياً) ، لأن ولاية الأخذ له باعتبار الحماية ، ولم يحمهم (فإن كانوا) أى البغاة (صرفوه فى حقه أجزأ من أخذ منه) لوصول الحق إلى مستحقه (وإن لم يكونوا صرفوه فى حقه أفتى أهله) وفى بعض النسخ « فعلى أهله » (فيما بينهم وبين الله تعالى أن يعيدوا ذلك) ، لأنه لم يصل إلى مستحقه ، قال فى الهداية : قالوا : لا إعادة عليهم فى الخراج ؛ لأنهم مقاتلة فكانوا مصارفَ ، وإن كانوا أغنياء ، وفى العشر إن كانوا فقراء كذلك ؛ لأنه حق الفقراء ، وقد بيناه فى الزكاة ، وفى المستقبل يأخذه الإمام لأنه يحميهم فيه ؛ لظهور ولايته ، اهـ .

كتاب الحظر والإباحة

أخره عن العبادات والمعاملات لأن له مناسبة بالجميع ؛ فيكون بمنزلة الاستدراك لما فاتها : وعَنْوَنَ له فى الهداية وغيرها بالكراهة والاستحسان .

والحظر لغة : المنع والحبس ، وشرعا : ما منع من استعماله شرعا ، والإباحة : ضد الحظر ، والمباح : ما أجيز للمكلفين فعله وتركه ، بلا استحقاق ثواب ولا عقاب . نعم يحاسب عليه حسابا يسيرا ، اختيار .

لاَ يَحلُّ لِلرِّجَالِ لُبْسُ الْحَرِيرِ ، وَيَحِلُّ لِلنِّسَاءِ ، وَلا بَأسَ بِتَوَسُّدِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمحمدٌ : يُكْرَهُ تَوَسُّدُهُ .

وَلا بَأسَ بِلُبْسِ الدِّيبَاجِ فِي الْحَرْبِ عِنْدَهُمَا ، وَيُكْرَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ .

(لا يحل للرجال لبس الحرير) ولو بحائل بينه وبين بدنه ، على المذهب ، وعن الإمام إنما يحرم إذا مس الجلد ، قال في القنية : وهي رخصة عظيمة في موضع عمت به البلوى ، اهـ . إلا إذا كان قدر أربع أصابع كما في القنية وغيرها ، وفيها : عمامة طرزها قدر أربع أصابع من إبريسم من أصابع عمر رضي الله تعالى عنه ، وذلك قيس بشبرنا يرخص فيه ، اهـ . وكذا الثوب المنسوج بذهب يحل إذا كان هذا المقدار ، وإلا لا كما في الزيلعي وغيره (ويحل) أي الحرير (للنساء) لحديث « إن هذين » مشيراً لما في يديه ، وكان في إحداهما ذهب والأخرى حرير «حرام على ذكور أمتي حل لإناثهم» (ولا بأس بتوسده) أي : جعله وسادة ، وهي المخدة ، وكذا افتراشه والنوم عليه (عند أبي حنيفة) ؛ لأن ذلك استخفاف به فصار كالتصاوير على البساط فإنه يجوز الجلوس عليه ولا يجوز لبس التصاوير ، اختيار (وقالا : يكره توسده) وافتراشه ونحو ذلك ، لعموم النهي ، ولأنه زي من لا خلاق له من الأعاجم ، قال في الهداية : وفي الجامع الصغير : ذكر قول محمد وحده ، ولم يذكر قول أبي يوسف ، وإنما ذكره القدوري وغيره من المشايخ ، وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الأبواب ، اهـ . واختار قول الإمام البرهاني والنسفي وصدر الشريعة وغيرهم ، تصحيح (ولا بأس بلبس الديباج) وهو ما سداه ولحمته إبريسم ، مصباح (في الحرب عندهما) لأن الحاجة ماسة إليه ، فإنه يرد الحديد بقوته ، ويكون رُعْباً في قلوب الأعداء ؛ لكونه أهيب في أعينهم ببريقه ولمعانه ، كافي (ويكره) لبسه (عند أبي حنيفة) لعموم النهي

وَلا بَأْسَ بِلُبْسِ الْمُلْحَمِ إِذَا كَانَ سَدَاهُ إِبْرَيْسَماً وَلُحْمَتُهُ قُطْناً أَوْ خَزّاً .
وَلاَ يَجُوزُ لِلرِّجَالِ التَّحَلِّى بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ ، إِلَّا الْخَاتَمَ وَالْمِنْطَقَةَ ، وَحِلْيَةَ السَّيْفِ مِنَ الْفِضَّةِ ، وَيَجُوزُ لِلنِّسَاءِ التَّحَلِّى بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ . وَيُكْرَهُ أَنْ يُلْبِسَ الصَّبِيَّ الذَّهَبَ وَالْحَرِيرَ .

والضرورة تندفع بالمخلوط ، واعتمد قوله المحبوبى والنسفى وغيرهما ، تصحيح (ولا بأس بلبس الملحم) بغير إبريسم ، فى الحرب وغيره (إذا كان سداه إبريسما و) كانت (لحمته قطناً أو خزا) أو كتاناً أو نحوه ؛ لأن الثوب إنما يصير ثوباً بالنسج ، والنسج باللحمة ، فكانت هى المعتبرة دون السدى ، وأما إذا كانت لحمته حريراً وسداه غيره لا يحل لبسه فى غير الحرب ، ولا بأس به فى الحرب إجماعا ، كما ذكره الخجندى .

(ولا يجوز للرجال التحلى) أى : التزين (بالذهب والفضة) مطلقاً (إلا الخاتم) بقدر مثقال فما دونه ، وقيل : لا يبلغ المثقال كما فى الجوهرة (والمنطقة) قال فى القاموس : منطقة كمكنسة : ما ينتطق به الرجل ، وشد وسطه بمنطقة ، اه (وحلية السيف) بشرط أن لا يضع يده على موضع الفضة إذا كان كل واحد منهما (من الفضة) ؛ لما جاء من الآثار فى إباحة ذلك ، كما فى الهداية (ويجوز للنساء التحلى بالذهب والفضة) مطلقا ، وإنما قيد بالتحلى لأنهن فى استعمال آنية الذهب والفضة والأكل فيها والادهان منها كالرجال كما يأتى .

(ويكره) للولى (أن يلبس الصبى الذهب) والفضة (والحرير) ، لأن التحريم لما ثبت فى حق الذكور وحرم اللبس حرم الإلباس كالخمر لما حرم شربه حرم سقيه ، ولأنه يجب عليه أن يعوّد الصبى طريق الشريعة ليألفها كالصوم والصلاة .

وَلاَ يَجُوزُ الْاكلُ ، وَالشُّرْبُ ، وَالادِّهَانُ ، وَالتَّطَيُّبُ فِي آنيَةِ الذَّهَبِ وَالْفضَّةِ للرِّجَالِ وَالنِّساء .

وَلا بأسَ باسْتِعْمَال آنيَةِ الزُّجَاجِ وَالبلُّورِ وَالعَقِيق .

وَ يَجُوزُ الشُّرْبُ فِي الْاناء المُفضّضِ عِندأبي حَنِيفَة ، وَالرُّكوبُ عَلَى السَّرْجِ المُفضّض ، والجُلُوسُ عَلَى السَّرِيرِ المُفضَّض .

(ولا يجوز الأكل والشرب والأدهان والتطيب) وجميع أنواع الاستعمال (فى آنية الذهب والفضة للرجال والنساء) ؛ لعموم النص ، وكذا الأكل بملعقة ذهب وفضة ، والاكتحال بميلهما ، وما أشبه ذلك من الاستعمال ، كمكحلة ومرآة وقلم ودواة ونحوها ، يعني إذا استعملت ابتداء فيما صنعت له بحسب متعارف الناس ، وإلا فلا كراهة ، حتى لو نقل الطعام من إناء الذهب إلى موضع آخر أو صبّ الماء أو الدهن فى كفه لا على رأسه ابتداء ثم استعمله لا بأس به ، مجتبى وغيره . وهو ما حرره فى الدرر فليحفظ ، كذا فى الدر .

(ولا بأس باستعمال آنية الزجاج والبلور والعقيق) والياقوت والزبرجد ونحو ذلك ؛ لأنها ليست فى معنى الذهب والفضة .

(ويجوز الشرب) والوضوء (فى الإناء المفضض) المزين بالفضة (عند أبي حنيفة) (و) كذلك يجوز عنده (الركوب على السرج المفضض ، والجلوس على السرير المفضض) قال فى الهداية : إذا كان يتقى موضع الفضة ، ومعناه يتقى موضع الفم ، وقيل : هذا وموضع اليد فى الأخذ ، وفى السرير والسرج موضع الجلوس ، وقال أبو يوسف : يكره ذلك ، وقول محمد يروى مع أبي حنيفة ويروى مع أبي يوسف ،

وَيُكْرَهَ التَّعْشِيرُ فِي الْمُصْحَفِ ، وَالنَّقْطُ .

وَلاَ بَأْسَ بِتَحْلِيَةِ الْمُصْحَفِ ، وَنقْشِ الْمَسْجِدِ ، وَزَخْرَفَتِهِ بِمَاءِ الذَّهَبِ ،

وعلى هذا الاختلاف الإناء المضبب بالذهب والفضة ، والكرسى المضبب بهما ، وكذا إذا جعل ذلك فى السيف والمشحذ وحلقة المرآة أو جعل المصحف مذهباً أو مفضضاً ، وكذا الاختلاف فى اللجام والركاب والثفر إذا كان مفضضاً وكذا الثوب فيه كتابة بذهب أو فضة على هذا ، وهذا الاختلاف فيما يخلص ، فأما التمويه الذى لا يخلص فلا بأس به بالإجماع ، واختار قول الإمام الأئمة المصححون كالمحبوبى والنسفى وصدر الشريعة وغيرهم ، تصحيح .

(ويكره التعشير) : أى وضع علامات بين كل عشر آيات (فى المصحف ، و) كذا (النقط) أى إعجامه لإظهار إعرابه ؛ لقول ابن مسعود رضى الله عنه : « جردوا القرآن » ، ويروى « جردوا المصاحف » ، وفى التعشير والنقط ترك التجريد ، ولأن التعشير يخل بحفظ الآى ، والنقط بحفظ الإعراب اتكالا عليه ، فيكره .

قالوا : فى زماننا لابد للعَجَم من دلالته ؛ فترك ذلك إخلال بالحفظ وهجران للقرآن ، فيكون حسنا ، هداية . قال فى الدر : وعلى هذا لا بأس بكتابة أسامى السور وعَدِّ الآى ، وعلامات الوقف ونحوها ؛ فهى بدعة حسنة ، درروقنية ، اهـ .

(ولا بأس بتحلية المصحف) لما فيه من تعظيمه (ونقش المسجد) وتزيينه (وزخرفته بماء الذهب) إذا كان المقصود بذلك تعظيمه ، ويكره إذا كان بقصد الرياء ، ويضمن إذا كان من مال المسجد .

وَيُكْرَهُ اسْتِخْدَامُ الْخِصْيَانِ .

ولا بَأسَ بِخِصَاءِ الْبَهَائِمِ ، وَإِنْزَاءِ الْحَمِيرِ عَلَى الْخَيْلِ .

وَيَجُوزُ أنْ يُقْبَلَ فِي الْهَدِيَّةِ وَالإِذْنِ قَوْلُ الصَّبِيِّ وَالْعَبْدِ ، وَيُقْبَلُ فِي الْمُعَامَلاَتِ قَوْلُ الْفَاسِقِ ، ولا يُقْبَلُ فِي أَخْبَارِ الدِّيَانَاتِ إلاَّ الْعَدْلُ .

(ويكره استخدام الخصيان) ؛ لأن الرغبة فى استخدامهم تحمل على هذا الصنيع ، وهو مُثْلة محرمة (ولا بأس بخصاء البهائم) ؛ لأنه يفعل للنفع ؛ لأن الدابة تسمن ويطيب لحمها بذلك (وإنزاء الحمير على الخيل) ؛ لما صح أن النبى صلى الله عليه وسلم ركب البغلة ؛ فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبه ؛ لما فيه من فتح بابه ، هداية .

(ويجوز أن يقبل فى الهدية والإذن) فى التجارة (قول الصبى والعبد) لأن العادة جارية ببعث الهدايا على يد هؤلاء ، وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الإذن معهم إذا سافروا أو جلسوا فى السوق ، فلو لم يقبل قولهم لأدّى إلى الحرج وهذا إذا غلب على ظنه صدقهم ، وإلا لم يسعه ذلك . وفى الجامع الصغير : إذا قالت جارية لرجل : بعثنى مولاى إليك هدية وسعهُ أن يأخذها ، لأنه لافرق مابين ما إذا أخبرت بإهداء المولى غيرها أو نفسها لما قلنا ، هداية .

(ويقبل فى المعاملات قول الفاسق) والكافر ؛ لكثرة وجودها بين أجناس الناس ، فلو شرطنا شرطا زائداً لأدى إلى الحرج ، فيقبل قول الواحد فيها ؛ عدلا كان أو فاسقا ، كافراً أو مسلما ، عبداً أو حراً ، ذكراً أو أنثى ، دفعا للحرج ، هداية .

(ولا يقبل فى أخبار الديانات إلا العدل) ؛ لعدم كثرة وقوعها حسب وقوع المعاملات ، فجاز أن يشترط فيها زيادة ؛ فلا يقبل إلا قول المسلم العدل ؛ لأن

وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَنظُرَ الرَّجُلُ مِن الأَجْنَبِيَّةِ إلاَّ إلَى وَجْهِهَا وَكَفَّيْهَا ، وَإِنْ كَانَ لاَ يَأْمَنُ الشَّهْوَةَ لاَ يَنظُرُ إلَى وَجْهِهَا إلاَّ لِحَاجَةٍ .

وَيَجُوزُ لِلْقَاضِي إذَا أَرَادَ أَنْ يَحْكُمَ عَلَيْهَا ، وَلِلشَّاهِدِ إذَا أَرَادَ الشَّهَادَةَ عَلَيْهَا ، النَّظَرُ إلَى وَجْهِهَا ، وَإِنْ خَافَ أَنْ يَشْتَهِيَ .

الفاسق متّهم ، والكافر لايلتزم الحكم ، فليس له أن يلزم المسلم ، هداية .

(ولا يجوز) للرجل (أن ينظر من الأجنبية) الحرة (إلا إلى وجهها وكفيها) ضرورة احتياجها إلى المعاملة مع الرجال أخذاً وإعطاء وغير ذلك ، وهذا تنصيص على أنه لايباح النظر إلى قدمها ، وعن أبي حنيفة أنه يباح ، لأن فيه بعض الضرورة ، وعن أبي يوسف أنه يباح النظر إلى ذراعها أيضاً ؛ لأنه قد يبدو منها عادة، هداية، وهذا إذا كان يأمن الشهوة (فإن كان لايأمن) على نفسه (الشهوة لم ينظر إلى وجهها إلا لحاجة) ضرورية ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « من نظر إلى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنُكُ [1] يوم القيامة » ، هداية قال في الدر : فَحِلُّ النظر مقيد بعدم الشهوة ، وإلا فحرام ، وهذا في زمانهم، وأما في زماننا فمنع من الشابة ، قهستاني وغيره ، اه .

(ويجوز للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها) أي المرأة (وللشاهد إذا أراد الشهادة عليها النظر إلى وجهها، وإن خاف أن يشتهي) للحاجة إلى إحياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة ، ولكن ينبغي أن يقصد به أداء الشهادة أو الحكم عليها . لاقضاء الشهوة ، تحرزاً عما يمكنه التحرز عنه ، وهو قصد القبيح ، وأما النظر لتحمل الشهادة إذا اشتهى قيل : يباح ، والأصح أنه لايباح ، لأنه يوجد مَنْ لا يشتهي فلا ضرورة ، بخلاف حالة الأداء ، هداية .

---

(١) الآنك : الرصاص المذاب ، وهو حينئذ شديد الحرارة .

وَيَجُوزُ لِلطَّبِيبِ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَوْضِعِ الْمَرَضِ مِنْهَا ،

وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنَ الرَّجُلِ إِلَى جَمِيعِ بَدَنِهِ ، إِلَّا مَا بَيْنَ سُرَّتِهِ إِلَى رُكْبَتِهِ .

وَيَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَنْظُرَ مِنَ الرَّجُلِ إِلَى مَا يَنْظُرُ الرَّجُلُ إِلَيْهِ مِنْهُ ،

وَتَنْظُرُ الْمَرْأَةُ مِنَ الْمَرْأَةِ إِلَى مَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ مِنَ الرَّجُلِ ،

(ويجوز) أيضاً (للطبيب أن ينظر إلى موضع المرض منها) ، وينبغى أن يعلّم امرأة مداواتها ؛ لأن نظر الجنس إلى الجنس أسهل ، فإن لم يقدر يستر كل موضع منها سوى موضع المرض، ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع ، لأن ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ، وصار كنظر الخافضة والختّان ؛ هداية .

(وينظر الرجل من الرجل) ولو أمرد صبيح الوجه إذا أمن الشهوة (إلى جميع بدنه ، إلا ما بين سرته إلى) منتهى (ركبته) فالسرة ليست بعورة ، والركبة عورة ، وإنما قيدنا النظر إلى الأمرد بما إذا أمن الشهوة لما فى المدنية : والغلام إذا بلغ مبلغ الرجال ولم يكن صبيحا فحكمه حكم النساء ، وهو عورة من قرنه إلى قدمه لا يحل النظر إليه عن شهوة ، فأما الخلوة والنظر إليه لا عن شهوة فلا بأس به ولذا لم يؤمر بالنقاب كذا فى الملتقط ، اه .

(ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه) أى من الرجل ، إذا أمنت الشهوة ، لاستواء الرجل والمرأة فى النظر إلى ما ليس بعورة كالثياب والدواب . هداية .

(وتنظر المرأة من المرأة إلى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه من الرجل)

وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنْ أَمَتِهِ الَّتِي تَحِلُّ لَهُ وَزَوْجَتِهِ إِلَى فَرْجِهَا .

وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ إِلَى الْوَجْهِ ، وَالرَّأْسِ ، وَالصَّدْرِ ، والسَّاقَيْنِ ، وَالعَضُدَيْنِ ، وَلاَ يَنْظُرُ إِلَى ظَهْرِهَا وَبَطْنِهَا .

وَلاَ بَأْسَ أَنْ يَمَسَّ مَاجَازَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ .

لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا ؛ كما فى نظر الرجل إلى الرجل، وكذا الضرورة قد تحققت إلى الانكشاف فيما بينهن ، هداية .

(وينظر الرجل من أمته التى تحل له) للوطء (و) من (زوجته إلى فرجها) وهذا إطلاق فى النظر إلى سائر بدنها ، عن شهوة وعن غير شهوة ، والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم : « غُضَّ بصرك إلا عن أمتك وامرأتك » ، ولأن ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح ، والنظر أولى ، إلا أن الأولى أن لا ينظر كل واحد منهما إلى عورة صاحبه ، وتمامه فى الهداية .

(وينظر الرجل من ذوات محارمه) وهن من لا يحل له نكاحهن أبدا بنسب أو بسبب (إلى الوجه ، والرأس ، والصدر ، والساقين) وحد الساق من الركبة إلى القدم (والعضدين) أى الساعدين ، وحد الساعد من المرفق إلى الكتف كما فى الصحاح (ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها) ؛ لأن الله تعالى حرم المرأة إذا شبهها بظهر الأم ، فلولا أن النظر إليه حرام لما حرمت المرأة بالتشبيه به ، وإذا حرم النظر إلى الظهر فالبطن أولى ؛ لأنه أدعى للشهوة .

(ولا بأس) للرجل (أن يمس) من الأعضاء (ما جاز) له (أن ينظر إليه منها) أى من الأعضاء ، من ذكر أو أنثى ، إذا أمن الشهوة على نفسه وعليها ، وإن لم يأمن ذلك أو شك لم يحل له المس ولا النظر كما فى المجتبى وغيره ، وهذا فى

وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنْ مَمْلُوكَةِ غَيْرِهِ إِلَى مَا يَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ ، وَلاَ بَأْسَ بِأَنْ يَمَسَّ ذَلِكَ إِذَا أَرَادَ الشِّرَاءَ ، وَإِنْ خَافَ أَنْ يَشْتَهِيَ .

وَالْخَصِيُّ فِي النَّظَرِ إِلَى الأَجْنَبِيَّةِ كَالْفَحْلِ .

غير الأجنبية الشابة ، أما هي فلا يحل مسُّ وجهها وكفيها وإن أمن الشهوة ؛ لعدم الضرورة ، بخلاف النظر . وقيدنا بالشابة لأن العجوز التي لاتشتهى لا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة ، وتمامه فى الهداية .

(وينظر الرجل من مملوكة غيره) ولو مُدَبَّرة ، أو مكاتبة ، أو أم ولد (إلى ما يجوز) له (أن ينظر إليه من ذوات محارمه) ، لأنها تخرج لحوائج مولاها وتخدم أضيافه وهى فى ثياب مهنتها ، فكانت الضرورة داعية إليه ، وكان عمر رضى الله عنه إذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة ، وقال : ألقِ عنك الخمار يادَفَارِ ، أتتشبهين بالحرائر ؟ وأما الخلوة بها والمسافرة ، فقد قيل : تباح كما فى المحارم ، وقيل: لاتباح ؛ لعدم الضرورة ، وإليه مال الحاكم الشهيد .

(ولا بأس) عليه (بأن يمس ذلك) الموضع الذى يجوز النظر إليه من الأمة (إذا أراد الشراء ، وإن خاف أن يشتهى) قال فى الهداية : كذا ذكر فى المختصر ، وأطلق أيضا فى الجامع الصغير ولم يفصل ، وقال مشايخنا : يباح النظر فى هذه الحالة وإن اشتهى للضرورة ، ولا يباح المس إذا اشتهى ، أو كان أكبر رأيه ذلك ؛ لأنه نوع استمتاع ، وفى غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة ، اهـ .

(والخصى) والمجبوب، والمخنث (فى النظر إلى الأجنبية كالفحل) ؛ لأنه

وَلاَ يَجُوزُ لِلْمَمْلُوكِ أَنْ يَنْظُرَ مِنْ سَيِّدَتِهِ إِلاَّ إِلى مايَجُوزُ لِلأَجْنَبِيِّ أَنْ يَنظُرَ إِلَيْهِ مِنْهَا .

وَيَعْزِلُ عَنْ أَمَتِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهَا ، ولاَ يَعْزِلُ عَنْ زَوْجَتِهِ إِلاَّ بِإِذْنِهَا .

وَيُكْرَهُ الاحْتِكَارُ فى أَقْوَاتِ الآدَمِيِّينَ وَالبَهَائِمِ ، إِذَا كَانَ ذَلِكَ فى بَلَدٍ يَضُرُّ الاحْتِكَارُ بِأَهْلِهِ ، وَمَن احْتَكَرَ غَلَّةَ ضَيْعَتِه ، أَوْ ماجَلَبَهُ مِنْ بلدٍ آخَرَ ، فَلَيْسَ بِمُحْتَكِرٍ .

ذَكَر ذو شهوة داخل تحت عموم النص ، والطفل الصغير مستثنى بالنص .

(ولا يجوز المملوك أن ينظر من سيدته إلا إلى مايجوز للأجنبي النظر إليه منها) لأنه فحل غير محرَم ولا زوج ، والشهوة متحققة لجواز النكاح فى الجملة ، والحاجة قاصرة ؛ لأنه يعمل خارج البيت ، والمراد بالنص الإماء . قال سعيد والحسن وغيرهما : لا تغرنكم سورة النور ؛ لأنها فى الإناث دون الذكور ، هداية .

(ويعزل) السيد (عن أمته بغير إذنها) لأنها لاحق لها فى الوطء (ولا يعزل) الزوج (عن زوجته) الحرة (إلا بإذنها) ؛ لأن لها حقاً فى الوطء ، ولذا تخير فى الجب والعنة . قيدنا بالحرة لأن الزوجة إذا كانت أمة فالإذن لمولاها عند أبى حنيفة ومحمد ، خلافا لأبى يوسف .

(ويكره الاحتكار) والتلقى (فى أقوات الآدميين) كبر وشعير وتمر وتين وزبيب (والبهائم) كتبن وقت (إذا كان ذلك فى بلد يضر الاحتكار) والتلقى (بأهله) لحديث « الجالب مرزوق ، والمحتكر ملعون » وإن لم يضر لم يكره (ومن احتكر غلة ضيعته أو ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر) أما الأول

وَلا يَنْبَغِي لِلسُّلْطَانِ أَن يُسَعِّرَ عَلَى النَّاس .

وَيُكْرَهُ بَيْعُ السِّلاَحِ فِي أَيَّامِ الْفِتْنَةِ، وَلاَ بَأسَ بِبَيْعِ الْعَصِيرِ مِمَّنْ يَعْلَمُ أَنَّه يَتَّخِذُهُ خَمْرًا .

كتاب الوصايا

فلأنه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة ، ألا يرى أن له أن لا يزرع ، فكذلك له أن لا يبيع ، وأما الثانى فالمذكور قول أبى حنيفة ؛ لأن حق العامة إنما يتعلق بما جمع فى المصر وجلب إلى فنائها ، وقال أبو يوسف : يكره ؛ لإطلاق ما روينا ، وقال محمد : كل ما يجلب منه إلى المصر فى الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه ، وعلى قول أبى حنيفة مشى الأئمة المصححون كما ذكره المصنف ، تصحيح .

(ولا ينبغى للسلطان أن يسعر على الناس) لأن الثمن حق العاقد فإليه تقديره ؛ فلا ينبغى للحاكم أن يتعرض لحقه ، إلا إذا تعلق به ضرر العامة ، بأن كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعدَّوْنَ عن القيمة تعدياً فاحشا ، فحينئذ لا بأس به بمشورة أهل الرأى والبصر ، وتمامه فى الهداية .

(ويكره بيع السلاح فى أيام الفتنة) ممن يعرف أنه من أهل الفتنة ؛ لأنه تسبب إلى المعصية .

(ولا بأس ببيع العصير) ولو (ممن يعلم أنه يتخذه خمرا) لأن المعصية لا تقام بعينه ، بل بعد تغيره ، بخلاف بيع السلاح فى أيام الفتنة ، لأن المعصية تقوم بعينه ، هداية .

كتاب الوصايا

وجه مناسبة الوصايا للحظر والإباحة ظاهرة من حيث إنها تعتريها تلك الأحكام وأراد بالوصايا ما يعم الوصية والإيصاء ، يقال : «أوصى إلى فلان» أى جعله وصيا ،

الْوَصِيَّةُ غَيْرُ وَاجِبَةٍ ، وَهِيَ مُسْتَحَبَّةٌ ، وَلاَ تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِوَارِثٍ إِلَّا أَنْ يُجِيزَهَا الْوَرَثَةُ . وَلاَ تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ ، وَلاَ لِلْقَاتِلِ ،

والاسم منه الوصاية ، و «أوصى لفلان» بمعنى ملّكه بطريق الوصية ، والمصنف لم يتعرض للفرق بينهما و بيان كل واحد منهما بالاستقلال ، بل ذكرهما فى أثناء تقرير المسائل .

ثم الوصية اسم بمعنى المصدر ، ثم سمى به الموصَى به ، وهى : تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، وشرطها : كون الموصى أهلا للتمليك ، وعدم استغراقه بالدين ، والموصى له حيا وقتها ، غير وارث ولا قاتل ، والموصى به قابلا للتمليك بعد موت الموصى .

ولما كان الأصل فيها الاستحباب قال : (الوصية غير واجبة) ؛ لأنها تبرع بمنزلة الهبة ، والتبرعات ليست واجبة ، وهذا إذا لم يكن مشغول الذمة بنحو زكاة وفدية صوم وصلاة فرط فيها ، و إلا فواجبة (وهى مستحبة) ؛ لأنها تبرع على وجه الصدقة ولذا قال فى المجتبى : إنها على الغنى مباحة ، وعلى أهل الفسق مكروهة (ولا تجوز الوصية لوارث) لقوله صلى الله عليه وسلم : « إن الله قد أعطى كل ذى حق حقه ؛ فلا وصية لوارث » و يعتبر كونه وارثاً عند الموت لا عند الوصية : فمن كان وارثاً عند الوصية غير وارث عند الموت صحت له الوصية ، و إن كان بالعكس لم تصح (إلا أن يجيزها الورثة) بعد موته وهم كبار ؛ لأن الامتناع كان لحقهم ، فتجوز بإجازتهم ، و إن أجاز بعضهم دون بعض جاز على المجيز بقدر حصته (ولا تجوز) الوصية (بما زاد على الثلث) إلا أن يجيزها الورثة كما مر (ولا لقاتل) عمداً كان أو خطأ ، بعد أن كان مباشراً ولو أجازتها الورثة جاز عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : لا تجوز ، وعلى قولهما

وَيَجُوزُ أَنْ يُوصِيَ الْمُسْلِمُ لِلْكَافِرِ، وَالْكَافِرُ لِلْمُسْلِمِ.

وَقَبُولُ الْوَصِيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ، فَإِنْ قَبِلَهَا الْمُوصَى لَهُ فِي حَالِ الْحَيَاةِ أَوْرَدَّهَا فَذَلِكَ بَاطِلٌ.

وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُوصِيَ الْإِنْسَانُ بِدُونِ الثُّلُثِ.

وَإِذَا أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ فَقَبِلَ الْوَصِيُّ فِي وَجْهِ الْمُوصِي فَرَدَّهَا فِي غَيْرِ وَجْهِهِ فَلَيْسَ بِرَدٍّ

مشى الأئمة كما هو الرسم، تصحيح.

(ويجوز أن يوصى المسلم للكافر) أى الذمى (والكافر للمسلم)، لأنهم بعقد الذمة ساووا المسلمين فى المعاملات، ولهذا جاز التبرع من الجانبين فى حالة الحياة، فكذا فى حالة الممات، هداية.

(وقبول الوصية) إنما يعتبر (بعد الموت)، لأنه أوانُ ثبوتها، لإضافتها إلى ما بعده، فلا تعتبر قبله (فإن قبلها الموصى له فى حال الحياة أو ردها فذلك باطل) لا عبرة به.

(ويستحب أن يوصى الإنسان بدون الثلث) سواء كانت الورثة أغنياء أم فقراء؛ لأن فى التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم، بخلاف استكمال الثلث؛ لأنه استيفاء تمام حقه، فلا صِلَةَ ولا مِنَّةَ، وتركها عند فقر الورثة وعدم استغنائهم بحصصهم أَحَبُّ.

(وإن أوصى إلى رجل) أى جعله وصيا على تنفيذ وصيته أو قضاء دينه أو على أولاده الصغار (فقبل الوصى فى وجه الموصى) ثم بدا له (فردها فى غير وجهه) فى حياته أو بعد موته (فليس) ذلك (برد) أى لم يصح رده، لأن الميت مضى إلى سبيله معتمداً عليه، فلو صح رده فى غير وجهه صار مغروراً من جهته فرُدَّ رَدُّه، هداية

وَإِنْ رَدَّهَا فِي وَجْهِهِ فَهُوَ رَدٌّ .

وَالموصَى بِهِ يُمْلَكُ بالقَبُولِ إلاَّ فِي مَسْأَلةٍ ، وَهِيَ : أَنْ يَمُوتَ الموصِي، ثم يَمُوتَ الموصَى لهُ قبلَ القَبُولِ ، فيَدْخُلُ الموصَى بِهِ فِي مِلْكِ وَرَثَتِهِ .

وَمَنْ أوصَى إلَى عَبْدٍ أَوْ كَافِرٍ أَوْ فَاسِقٍ أَخْرَجَهُمُ القَاضِي مِنَ الْوَصِيَّةِ وَنَصَبَ غيرَهُمْ .

(وإن ردها فى وجهه فهو رد) ، لأنه ليس له إلزامه على قبولها ، و إن لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصِى فهو بالخيار ، فإن باع شيئاً من تركته فقد لزمته ، لأنه دلالة القبول وهو معتبر بعد الموت ، وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم ، وتمامه فى الجوهرة .

(والموصى به يملك بالقبول) ، لأن الوصية مثبتة للملك ، والقبول شرط للدخول فيه، بخلاف الإرث ، فإنه خلافة فيثبت الملك من غير قبول (إلا فى مسألة واحدة) فإن الموصى به فيها يملك من غير قبول (وهى أن يموت الموصى ثم يموت الموصى له قبل القبول) والرد (فيدخل الموصى به فى ملك ورثته) ، لأن الوصية قد تمت من جانب الموصى بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته ، وإنما توقف لحق الموصى له ، فإذا مات دخل فى ملكه كما فى البيع المشروط فيه الخيار للمشترى إذا مات قبل الإجازة .

(ومن أوصى إلى عبد) لغيره (أو كافر أو فاسق أخرجهم القاضى من الوصية ونصب غيرهم) إتماماً للنظر ، لأن العبد مملوك المنافع ، والكافر معاداته الدينية باعثة على ترك النظر ، والفاسق متهم بالخيانة ، وتعبيره بإخراجهم يشير إلى صحة

وَمَنْ أَوصَى إلى عَبْدِ نَفْسِهِ وفى الْوَرَثَةِ كِبَارٌ لَمْ تَصِحّ الوَصِيَّةُ .
وَمَنْ أَوْصَى إلى مَنْ يَعْجِزُ عَنِ الْقِيَامِ بِالْوَصِيَّةِ ضَمَّ إِلَيْهِ الْقَاضِي غَيْرَهُ

الوصية ، لأن الإخراج بعدها ، فلو تصرفوا قبل الإخراج جاز ، سراجية . وفى شرح الإسبيجابى : هذا اللفظ يقتضى جواز الوصية ، وذكر الشيخ أبو الحسن أنها باطلة ، فيحتمل أن معنى ذلك أن القاضى أن يبطلها ، ويحتمل أنها باطلة ، والأول أصح . اهـ.

(ومن أوصى إلى عبد نفسه وفى الورثة كبار لم تصح الوصية) ، لأنه يصير مُوَلًّى عليه من جهتهم ، فلا يكون والياعليهم ، ولا على غيرهم ، لأن الوصية لاتتجزأ فلو كان الكل صغاراً جاز عند أبى حنيفة ، وقالا: لايجوز أيضا ، وقيل : قول محمد مضطرب ، وعلى قول الإمام اعتمد الأئمة الأعلام . تصحيح (ومن أوصى إلى من يعجز عن القيام بالوصية) حقيقة (ضم إليه القاضى غيره) رعاية لحق الموصى والورثة ، و إنما قيدنا العجز بالحقيقة لأنه لو شكا إليه ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة، لأنه قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه، و إن ظهر للقاضى عجزه أصلا استبدل به غيره ، ولو كان قادراً على التصرف أمينا فيه ليس للقاضى أن يخرجه ، لأنه لو اختار غيره كان دونه ، لما أنه مختار الميت ومرضيه ، فإبقاؤه أولى ، ولهذا قدم على أب الميت مع وفور شفقته ، فأولى أن يقدم على غيره ، وكذا إذا شكا الورثة أو بعضهم الوصى للقاضى ، فإنه لا ينبغى أن يعزله حتى يبدو منه خيانة ، لأنه استفاد الولاية من الميت، وتمامه فى الهداية، وفى جامع الفصولين من الفصل السابع والعشرين : الوصى من الميت لو عدلا كافيا لا ينبغى للقاضى أن يعزله، فلو عزله قيل: ينعزل، أقول : الصحيح عندى أنه لا ينعزل ، لأن الموصى أشفق بنفسه من القاضى ، فكيف يعزله؟ و ينبغى أن يفتى به

وَمَنْ أَوْصَى إِلَى اثْنَيْنِ لَمْ يَجُزْ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ دُونَ صَاحِبِهِ ، إِلَّا فِي شِرَاءِ كَفَنِ الْمَيِّتِ وَتَجْهِيزِهِ ، وَطَعَامِ الصِّغَارِ وَكُسْوَتِهِمْ ، وَرَدِّ وَدِيعَةٍ بِعَيْنِهَا ، وَقَضَاءِ دَيْنٍ ، وَتَنْفِيذِ وَصِيَّةٍ بِعَيْنِهَا ، وَعِتْقِ عَبْدٍ بِعَيْنِهِ ، وَالْخُصُومَةِ فِي حُقُوقِ الْمَيِّتِ .

لفساد قضاة الزمان ، اه . وفى البحر : فقد ترجح عدم صحة العزل للوصى ، فكيف بالوظائف فى الأوقاف ؟ اه .

(ومن أوصى إلى اثنين) معاً ، أو على التعاقب (لم يجز لأحدهما أن يتصرف عند أبى حنيفة ومحمد دون صاحبه) ؛ لأن الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصفه — وهو وصف الاجتماع — إذ هو شرط مفيد (إلا فى) أشياء ضرورية ليست من باب الولاية ، وهى ما استثناها المصنف وأخواتها ، وذلك مثل (شراء كفن الميت وتجهيزه) ، لأن فى التأخير فساد الميت ، ولهذا يملكه الجيران عند ذلك (وطعام الصغار وكسوتهم) خشية ضياعهم (ورد وديعة بعينها) ورد مغصوب ومشترى شراء فاسداً ، وحفظ أموال (وقضاء دين عليه) ؛ لأنها ليست من باب الولاية ، فإنه يملكه المالك وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه ، فكان من باب الإعانة ، هداية (وتنفيذ وصية بعينها ، وعتق عبد بعينه) ، لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأى (والخصومة فى حقوق الميت) ؛ لأن الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين ، وزاد فى الهداية قبول الهبة ؛ لأن فى التأخير خيفة الفوات ولأنه تملكه الأم والذى فى حجره ؛ فلم يكن من باب الولاية ، وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف ؛ لأن فيه ضرورة لا تخفى ، وجمع الأموال الضائعة ؛ لأن فى التأخير

وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلُث مالِهِ وَلآخَرَ بِثُلُث مالِهِ فَلَمْ تُجِزِ الْوَرَثَةُ فالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ ، وَإِنْ أَوْصَى لِأَحَدِهِمَا بالثُّلُث وَلِلآخَرِ بالسُّدُسِ فالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا أَثْلاثًا ، وَإِنْ أَوْصَى لأَحَدِهِمَا بِجَمِيعِ مالِهِ وَلِلآخَرِ بِثُلُثِ مالِهِ فَلَمْ تُجِزِ الْوَرَثَةُ فالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى أَرْبَعَةِ أَسْهُمٍ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ ، وقالَ أَبو حنيفة : الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ ،

خشية الفوات ؛ ولأنه يملكه كل من وقع فى يده ، فلم يكن من باب الولاية ، اهـ قال الاسبيجابى : وقال أبو يوسف : يجوز لكل واحد منهما ماصنع ، والصحيح قولهما ، واعتمده الأئمة المصححون كما هو الرسم ، تصحيح .

(ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر) أيضا (بثلث ماله ، ولم تجز الورثة) ذلك (فالثلث بينهما نصفان) اتفاقا ، لتساويهما فى سبب الاستحقاق فيستويان فى الاستحقاق ، والثلث يضيق عن حقهما ، فيكون بينهما (وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس) ولم تجز الورثة (فالثلث بينهما أثلاثاً) اتفاقا أيضا ؛ لأن الثلث يضيق عن حقيهما ، فيقتسمانه على قدر حقيهما كما فى أصحاب الديون (وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة) ذلك (فالثلث بينهما على أربعة أسهم عند أبى يوسف ومحمد) على طريق العَوْل : لصاحب الجميع ثلاثة أرباع ، ولصاحب الثلث ربع ، لأن الموصى قصد شيئين : الاستحقاق والتفضيل ، وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ، ولا مانع من التفضيل ، فيثبت كما فى المحاباة وأختيها[1] ، كما فى الهداية (وقال أبو حنيفة : الثلث بينهما نصفان) لأن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الإجازة فتبطل أصلا ، والتفضيل ثبت فى ضمن الاستحقاق ، فبطل ببطلانه ، فتبقى الوصية لكل واحد منهما بالثلث.

---

(١) سيذكر المصنف أختيها . وهما السعاية والدراهم المرسلة ، وسيبينهما الشارح .

ولا يَضْرِبُ أَبُو حَنِيفَةَ لِلْمُوصَى لَهُ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ إِلاَّ فِي المُحَابَاةِ ، والسِّعَايَةِ والدراهمِ ٱلْمُرْسَلَةِ .

وإن أجازت الورثة : فعلى قولهما يكون بينهما أرباعا على طريق العَوْل ، وعلى قول الإمام أثلاثا على طريق المنازعة . قال الإمام جمال الإسلام فى شرحه : والصحيح قول أبى حنيفة ، واعتمده الإمام البرهانى ، والنسفى ، وغيرهما ، تصحيح .

(ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بمازاد على الثلث إلا فى) ثلاث مسائل (المحاباة ، والسعاية ، والدراهم المرسلة) : أى المطلقة عن التقييد بنصف أو ثلث أو نحوهما .

وصورة المحاباة : أن يكون لرجل عبدان ، قيمة أحدهما ثلاثون ، والآخر ستون ، ولا مال له سواهما ، فأوصى بأن يباع الأول من زيد بعشرة والثانى من عمرو بعشرين ، فالوصية فى حق زيد بعشرين وفى حق عمرو بأربعين ، فيقسم الثلث بينهما أثلاثا ، فيباع الأول من زيد بعشرين والعشرة وصية له ، ويباع الثانى من عمرو بالأربعين والعشرون وصية له ، فيأخذ عمرو من الثلث بقدر وصيته ، وإن كانت زائدة على الثلث .

وصورة السعاية : أن يوصى بعتق عبدين له قيمتهما ما ذكر ، ولا مال له سواهما فيعتق من الأول ثلثه بعشرة و يسعى بعشرين ، ويعتق من الثانى ثلثه بعشرين ، و يسعى بأربعين .

وصورة الدراهم المرسلة : أن يوصى لزيد بعشرين ، ولعمرو بأربعين ، وهما ثلثا ماله ، فالثلث بينهما أثلاثاً : لزيد عشرة ، ولعمرو عشرون ، اتفاقا .

وَمَنْ أَوْصَى وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِمَا لَهُ لَمْ تَجُزِ الْوَصِيَّةُ ، إِلاَّ أَنْ يُبْرِىءَ الْغُرَمَاءُ مِنَ الدَّيْنِ .

وَمَنْ أَوْصَى بِنَصِيبِ ابْنِهِ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ، وَإِنْ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ جَازَ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ ابْنَانِ فَلِلْمُوصَى لَهُ الثُّلُثُ .

وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْداً فِى مَرَضِهِ ، أَوْ بَاعَ وَحَابَى ، أَوْ وَهَبَ ، فَذَلِكَ كُلُّهُ جَائِزٌ يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ وَيُضْرَبُ بِهِ مَعَ أَصْحَابِ الْوَصَايَا ،

(ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية) ، لأن الدَّيْنَ مقدم عليها ؛ لأنه فرض ، وهى تبرع (إلا أن يبرىء الغرماء) الموصى (من الدين) الذى عليه ، فتنفذ الوصية ؛ لأنه لم يبق عليه دين .

(ومن أوصى بنصيب ابنه) أو غيره من الورثة (فالوصية باطلة) ؛ لأنه وصية بمال الغير (وإن أوصى بمثل نصيب ابنه جازت) الوصية ؛ لأن مثل الشىء غيره ، غير أنه مقدر به (فإن كان له) أى للموصى (ابنان ، فللموصى له الثلث) لأنه يصير بمنزلة ابن ثالث ؛ فيكون المال بينهم أثلاثاً ، فإن كان له ابن واحد كان للموصى له النصف إن أجازه الابن ، وإلا كان له الثلث كما لو أوصى له بنصف ماله ، والأصل : أنه متى أوصى بمثل نصيب بعض الورثة يزاد مثله على سهام الورثة ، مجتبى .

(ومن أعتق عبداً فى مرضه) أى مرض موته (أو باع وحابى) فى بيعه بأن باع شيئاً بأقل من قيمته (أو وهب فذلك) كله جائز ، (وهو معتبر من الثلث ، ويضرب به مع أصحاب الوصايا) . قال فى الهداية : وفى بعض النسخ :

فَإِنْ حَابَى ثُمَّ أَعْتَقَ فَالْمُحَابَاةُ أَوْلَى عِنْدَ أَبِي حنيفة . وَإِنْ أَعْتَقَ ثُمَّ حابى فهُمَا سَوَاء ، وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمحمَّدٌ : الْعِتْقُ أَوْلَى فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ .

وَمَنْ أَوْصَى بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ فَلَهُ أَخَسُّ سِهَامِ الْوَرَثَةِ ، إِلاَّ أَنْ يَنْقُصَ مِنَ السُّدُسِ فَيُتَمَّ لَهُ السُّدُسُ ،

« فهو وصية » مكان قوله « جائز » ، والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب الوصايا، لا حقيقة الوصية ؛ لأنها إيجاب بعد الموت، وهذا منجز غير مضاف ، واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة ، اه (فإن حابى) المريض (ثم أعتق) وضاق الثلث عنهما (فالمحاباة أولى) من العتق (عند أبي حنيفة) ؛ لأنه عقد ضمان فأشبه الدين فكان أقوى ، وبالسبق زاد قوة (وإن أعتق) أولا (ثم حابى ، فهما سواء) عنده أيضا ، لأن عقد المحاباة ترجح بالقوة ، والعتق بالسبق ، فاستويا (وقالا : العتق أولى في المسألتين) لأنه عقد لا يلحقه الفسخ بوجه ، فكان أقوى من هذا الوجه ، واختار قول الإمام البرهاني ، والنسفي ، وصدر الشريعة ، وغيرهم ، تصحيح .

(ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة) للموصى (إلا أن ينقص) أخس سهامهم (من السدس ؛ فيتم له) أي للموصى له (السدس) ولا يزاد عليه على رواية الجامع الصغير . قال في الاختيار : وحاصله أن له السدس، وعلى رواية كتاب الوصايا له أخس سهام الورثة ما لم يزد على السدس فله السدس ، وكلاهما مروى عن أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : له أخس السهام إلا أن يزيد على الثلث فله الثلث ، قال الإسبيجابي : والصحيح قول الإمام ، وعليه مشى الأئمة

وَإنْ أَوصَى بجُزْء مِنْ مالِهِ قيلَ لِلْوَرَثَةِ : أَعْطُوه ما شِئْتُمْ .

وَمَنْ أَوْصَى بوَصَايَا مِنْ حُقُوق اللهِ تَعَالَى قُدِّمَتِ الْفَرَائِضُ مِنْهَا قَدَّمَهَا الْمُوصِي أَوْ أَخَّرَهَا ، مِثْلُ الحَجِّ ، وَالزَّكَاةِ ، وَالْكَفَّارَاتِ ، وما لَيْسَ بوَاجِبٍ قُدِّمَ مِنْهُ ما قدَّمَهُ الْمُوصِي .

وَمنْ أَوْصَى بِحَجَّةِ الْإِسْلَامِ أَحَجُّوا عَنْهُ رَجُلاً مِنْ بَلَدِهِ .

المصححون ، تصحيح . قال فى الهداية : قالوا : هذا فى عرفهم ، وفى عرفنا : السهم كالجزء ، اه . ومشى عليه فى الكنز والدرر والتنوير . وفى الوقاية : السهم السدس فى عرفهم ، وهو كالجزء فى عرفنا ، اه .

(وإن أوصى بجزء من ماله قيل للورثة : أعطوه ما شئتم) ، لأنه مجهول يتناول القليل والكثير ، غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية ، والورثة قائمون مقام الموصى ، فإليهم البيان ، هداية .

(ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى) وضاق عنها الثلث (قدمت الفرائض منها) على غير الفرائض ، سواء (قدمها الموصى) فى الوصية (أو أخرها) لأن قضاءها أهم ، وذلك (مثل الحج والزكاة والكفارة) وإن تساوت قوة بأن كانت فرائض أو واجبات بدىء بما قدمه ؛ لأن الظاهر أنه يبتدئ بالأهم (وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصى) ؛ لأن تقديمه يدل على الاهتمام به، فكان كما إذا صرح بذلك .

(ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلا من بلده) ؛ لأن الواجب الحج من بلده ، ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده ، والوصية لأداء ما كان واجبا عليه

يَحُجُّ عَنْهُ رَاكِباً ، فإنْ لَمْ تَبْلُغِ الوَصِيَّةُ النَّفَقَةَ أَحَجُّوا عَنْهُ مِنْ حَيْثُ تَبْلُغُ .

وَمَنْ خَرَجَ مِنْ بَلَدِهِ حَاجًّا فَمَاتَ فِي الطَّرِيقِ وَأَوْصَى أَنْ يُحَجَّ عَنه حُجَّ عَنْهُ مِنْ بَلَدِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ .

وَلاَ تَصِحُّ وَصِيَّةُ الصَّبِيِّ ، والْمُكَاتَبِ وَإِنْ تَرَكَ وَفَاءً .

وَيَجُوزُ لِلْمُوصِي الرُّجُوعُ عَنِ الْوَصِيَّةِ ،

و (يحج عنه راكبا) ؛ لأنه لا يلزمه أن يحج ماشيا ، فانصرف إليه على الوجه الذى وجب عليه ، وهذا إن كفت النفقة ذلك (فإن لم تبلغ الوصية) تلك (النفقة أحجوا عنه) راكبا (من حيث تبلغ) تلك النفقة ، تنفيذاً لها بقدر الإمكان .

(ومن خرج من بلده حاجا فمات فى الطريق) قبل أداء النسك (وأوصى أن يحج عنه حج عنه من بلده) راكبا (عندأبى حنيفة) لأن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده كما مر ، وقالا : يحج عنه من حيث مات ، لأن السفر بنية الحج وقع قربة، وسقط فرض قطع المسافة بقدره ، فيبتدأ من ذلك المكان كأنه من أهله ، قال جمال الإسلام : وعلى هذا إن مات الحاج عن غيره فى الطريق حج عن الميت من بلده ، والصحيح قوله ، واختاره المحبوبى والنسفى وغيرهما ، تصحيح

(ولا تصح وصية الصبى)مطلقاً : أى سواء كان مميزاً أولا ، مات قبل الإدراك أو بعده ، أضافه إلى الإدراك أولا ، فى وجوه الخير أولا ، لأنها تبرع ، وهو ليس من أهل التبرع ، فلا يملكها تنجيزاً ولا تعليقاً (و)لا(المكاتب و إن ترك وفاء) لأن ماله لا يقبل التبرع .

(ويجوزللموصى الرجوع عن الوصية) ، لأنها تبرع لم يتم ، فجاز الرجوع فيه كالهبة

فَإِذَا صَرَّحَ بِالرُّجُوعِ ، أَوْ فَعَلَ مَا يَدُلُّ عَلَى الرُّجُوعِ كَانَ رُجُوعاً ، وَمَنْ جَحَدَ الْوَصِيَّةَ لَمْ يَكُنْ رُجُوعاً .

وَمَنْ أَوْصَى لِجِيرَانِهِ فَهُمُ الْمُلاَصِقُونَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ .

وَمَنْ أَوْصَى لِأَصْهَارِهِ فَالْوَصِيَّةُ لِكُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ امْرَأَتِهِ .

فإذا صرح بالرجوع) بأن قال رجعت عما أوصيت به أو أبطلته (أوفعل ما يدل على الرجوع) بأن أزاله عن ملكه ، أو زاد به زيادة تمنع تسليمه إلا بها كَلَتِّ السويق بالبناء فى الدار ، أو فعل به فعلا لو فعله فى المغصوب لانقطع عنه حق المالك (كان رجوعا) أما الصريح فظاهر ، وكذا الدلالة ، لأنها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله « قد أبطلت » وصار كالبيع بشرط الخيار ، فإنه يبطل الخيار فيه بالدلالة ، هداية (ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا) قال فى الهداية : كذا ذكره محمد ، وقال أبو يوسف : يكون رجوعا ، ورجح قول محمد ، واعتمده الإمام المحبوبى والنسفى وغيرهما ، تصحيح .

(ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون) له (عند أبى حنيفة) ، لأن الجوار عبارة عن القرب ، وحقيقة ذلك فى الملاصق ، وما بعده بعيد بالنسبة إليه ، وقال أبو يوسف ومحمد : هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد المحلة ، وهذا استحسان ، هداية . قال فى التصحيح : والصحيح قول الإمام ، واختاره المحبوبى والنسفى وصدر الشريعة وغيرهم ، اه .

(ومن أوصى لأصهاره فالوصية لكل ذى رحم محرم من امرأته) كآبائها وأعمامها وأخوالها وأخواتها . قال الحلوانى : هذا فى عرفهم ، وأما فى عرفنا فيختص

وَمَنْ أَوْصَى لِأَخْتَانِهِ فَالْخَتَنُ زَوْجُ كُلِّ ذَاتِ رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ .

وَمَنْ أَوْصَى لِأَقْرِبَائِهِ فَالْوَصِيَّةُ لِلْأَقْرَبِ فَالْأَقْرَبِ مِنْ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِمُ الْوَالِدَانِ وَالْوَلَدُ ، وَتَكُونُ لِلاثْنَيْنِ فَصَاعِداً ، وَإِذَا أَوْصَى بِذَلِكَ وَلَهُ عَمَّانِ وَخَالَانِ ، فَالْوَصِيَّةُ لِعَمَّيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ عَمٌّ وَخَالَانِ ، فَلِلْعَمِّ النِّصْفُ ، وَلِلْخَالَيْنِ النِّصْفُ

بأبويها ، عناية وغيرها ، وأقره القهستانى . قلت : لكن جزم فى البرهان وغيره بالأول ، وأقره فى الشرنبلانية ، كذا فى الدرر .

(ومن أوصى لأختانه فالختن زوج كل ذات رحم محرم منه) كأزواج بناته وأخواته وعماته وخالاته ، قال القهستانى : وينبغى فى ديارنا أن يختص الصهر بأبى الزوجة والختن بزوج البنت ، لأنه المشهور ، اهـ .

(ومن أوصى لأقربائه) ، أو لذوى قرابته ، أو لأرحامه ، أو لأنسبائه (فالوصية للأقرب فالأقرب من كل ذى رحم محرم) منه (ولا يدخل فيهم الوالدان والولد) ، لأنهم لا يسمون أقارب ، ومن سمى والده قريباً كان منه عقوقاً ؛ لأن القريب من تقرّب بوسيلة غيره ، وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ، وتمامه فى الهداية (وتكون) الوصية (للاثنين فصاعداً) ؛ لأنه ذكر بلفظ الجمع ، وأقل الجمع فى الوصية اثنان كما فى الميراث (وإذا أوصى بذلك) أى لأقربائه ونحوه (وله) أى الموصى (عمان وخالان فالوصية) كلها (لعميه عند أبى حنيفة) اعتباراً للأقرب كما فى الإرث (وإن كان له عم وخالان فللعم النصف وللخالين النصف) ؛ لأنه لابد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان فى الوصية كما فى الميراث ، ولو ترك عماً وعمة وخالا وخالة فالوصية

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحمدٌ : الوَصِيَّةَ لِكُلِّ مَنْ يُنْسَبُ إِلَى أَقْصَى أَبٍ لَهُ فِي الإِسْلاَمِ .

وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلُث دَرَاهِمِهِ أَوْ ثُلُثِ غَنَمِهِ ، فَهَلَكَ ثُلُثَا ذَلِكَ وَبَقِيَ ثُلُثُهُ وَهُوَ يَخْرُجُ مِنْ ثُلُثُ مَا بَقِيَ مِنْ مَالِهِ فَلَهُ جَمِيعُ مَا بَقِيَ ، وإِنْ أَوْصَى بِثُلُثِ ثِيَابِهِ فَهَلَكَ ثُلُثَاهَا وَبَقِيَ ثُلُثُهَا وَهُوَ يَخْرُجُ مِنْ ثُلُثِ مَا بَقِيَ مِنْ مَالِهِ لَمْ يَسْتَحِقَّ إِلاَّ ثُلُثَ مَا بَقِيَ مِنَ الثِّيَابِ .

للعم والعمة بينهما بالسوية ؛ لاستواء قرابتهما ، وتمامه فى الهداية (وقالا) تكون (الوصية لكل من ينسب) إليه من قبل آبائه (إلى أقصى أب له فى الإسلام) وهو أول أب أسلم ، القريب والبعيد والذكر والأنثى فيه سواء ، قال فى زاد الفقهاء والزاهدى فى شرحه : الصحيح قول أبى حنيفة ، وعليه اعتمد المحبوبى والنسفى وغيرهما ، تصحيح

(ومن أوصى لرجل بثلث دراهمه) المعينة (أو ثلث غنمه) المعينة (فهلك ثلثا ذلك ، وبقى ثلثه ، وهو) أى ثلث ذلك (يخرج من ثلث مابقى من ماله ، فله) أى الموصى له (جميع مابقى) ؛ لأن الوصية تعلقت بعينها ؛ بدليل أنه لو قاسمه الورثة استحق ذلك ، وماتعلقت الوصية بعينه يستحقه الموصى له إذا خرج من الثلث ، كما لو أوصى بثلث شىء بعينه فاستحق ثلثاه .

(وإن أوصى له بثلث ثيابه فهلك ثلثاها، وبقى ثلثها، وهو) أى الثلث الباقى (يخرج من ثلث مابقى من ماله ، لم يستحق) الموصى له (إلا ثلث مابقى من الثياب) قال فى الهداية : قالوا : هذا إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة ، ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم ، اهـ . أى : لأن الوصية حيث كانت الثياب مختلفة

وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَلَهُ مَالٌ عَيْنٌ وَدَيْنٌ ، فإِنْ خَرَجَتِ الأَلْفُ مِنْ ثُلُثِ الْعَيْنِ دُفِعَتْ إلى الْمُوصَى لَهُ ، وَإِنْ لَمْ تَخْرُجْ دُفِعَ إِلَيْهِ ثُلُثُ العينِ ، وَكُلَّمَا خَرَجَ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ أَخَذَ ثُلُثَهُ حتى يَسْتَوْفِيَ الأَلْفَ .

وَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِلْحَمْلِ ، وَبِالْحَمْل ، إذَا وُضِعَ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ الْوَصِيَّةِ .

وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِجَارِيَةٍ إِلاَّ حَمْلَهَا صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ وَالاسْتِثْنَاءُ .

لم تتعلق بعينها ، ولذا لايقسم بعضها فى بعض ، بخلاف ما إذا كانت متحدة فإنها يقسم بعضها فى بعض بمنزلة الدراهم .

(ومن أوصى لرجل بألف درهم) مثلا (وله) أى الموصى (مال عين ودين فإن خرجت الألف) الموصى بها (من ثلث العين دفعت) الألف الموصى بها (إلى الموصَى له) ؛ لأنه أمكن إيفاء كل ذى حق حقه من غير بخس ؛ فيصار إليه (وإن لم تخرج) الألف من الثلث العين (دفع إليه) أى الموصى له (ثلث العين ، وكلما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه ، حتى يستوفى الألف) ؛ لأن الموصَى له شريك الوارث ، وفى تخصيصه بالعين بخس فى حق الورثة ؛ لأن للعين فضلا على الدين .

(وتجوز الوصية للحمل ، و بالحمل ، إذا) تحقق وجوده وقت الوصية بأن (وضع لأقل من ستة أشهر من يوم الوصية) لو زَوْجُ الحامل حياً ، ولو ميتاً وهى معتدة حين الوصية فلأقل من سنتين ؛ بدليل ثبوت نسبه ، اختيار وجوهرة .

(ومن أوصى لرجل بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء) ؛ لأن ما جاز إيراد العقد عليه جاز استثناؤه منه .

وَمَنْ أَوْصى لرجُلٍ بجارِيَةٍ فَوَلَدَتْ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي قَبْلَ أَنْ يَقْبَلَ الْمُوصىَ لَهُ وَلَدًا ثُمَّ قبِلَ وَهُمَا يَخْرُجانِ منَ الثُّلُث فَهُمَا لِلْمُوصىَ لَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجامِنَ الثُّلُث ضَرَبَ بالثُّلُث وَأَخَذَ مايَخُصُّهُ مِنْهُمَاجميعاً في قَوْلِ أَبي يُوسُفَ وَمحمدٍ ، وقال أبُو حَنِيفَةَ : يأْخُذُ ذَلكَ منَ الأُمِّ ، فإنْ فَضَلَ شيءٌأخَذَهُمنَ الْوَلَدِ .

وَتَجُوزُ الوصيَّةُ بِخِدْمَةِ عَبْدِه وَسُكْنَى دَارِهِ ، سِنِينَ مَعْلُومَةً ، وَتَجُوزُ بِذَلِكَ أَبَدًا ،

(ومن أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصى) ولو (قبل أن يقبل الموصى له ولداً ثم قبل) الموصى له (وهما) : أى الجارية والولد (يخرجان من الثلث فهما للموصى له) ؛ لأن الولد نماء الأم ؛ فكان تبعاً لها (وإن لم يخرجا من الثلث ضرب) الموصى له (بالثلث ، فأخذ مايخصه منهما جميعاً فى قول أبى يوسف ومحمد) ؛ لأن الولد لما دخل فى الوصية صارا كأن الإيجاب ورد عليهما معاً فلا يقدم أحدهما على الآخر (وقال أبو حنيفة : يأخذ ذلك) أى الثلث (من الأم ، فإن فضل) من الثلث (شيء أخذه من الولد) لأن الأم أصل فى العقد ، فكذا فى التنفيذ ، واختار قول الإمام البرهانى والنسفى وغيرهما ، تصحيح .

(وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة ، وتجوز) أيضاً (بذلك أبداً) لأن المنافع يجوز تمليكها بعوض و بغير عوض ، كالإجارة ، والعارية ، فكذلك بالوصية ، ويكون محبوساً على ملك الميت فى حق المنفعة ، كما فى

فَإِنْ خَرَجَتْ رَقَبَةُ الْعَبْدِ مِنَ الثُّلُثِ سُلِّمَ إِلَيْهِ لِلْخِدْمَةِ ، وَإِنْ كَانَ لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ خَدَمَ الْوَرَثَةَ يَوْمَيْنِ وَالْمُوصَى لَهُ يَوْمًا ، فَإِنْ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ عَادَ إِلَى الوَرَثَةِ ، وَإِنْ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ .

وَإِذَا أَوْصَى لِوَلَدِ فُلَانٍ فَالْوَصِيَّةُ بَيْنَهُمْ : الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى فِيهِ سَوَاءٌ .

الوقف ، وتمامه فى الدر (فإن خرجت رقبة العبد من الثلث سلم) العبد (إليه ليخدمه) إبقاء لحقه (وإن كان) الموصى (لامال له غيره) أى غير العبد الموصى بخدمته (خدم الورثة يومين ، و) خدم (الموصى له يوماً) ؛ لأن حقه فى الثلث وحقهم فى الثلثين ، كما فى الوصية بالعين ؛ ولا يمكن قسمه ، فعدل إلى المهايأة إيفاء للحقين ، وأما الدار إذا لم يكن له غيرها فإنها تقسم أثلاثا للانتفاع ، ولو اقتسموا مهايأة من حيث الزمان يجوز أيضاً ؛ لأن الحق لهم ، إلا أن الأول أولى ، وليس للورثة أن يبيعوا مافى أيديهم من ثلثى الدار ؛ وعن أبى يوسف لهم ذلك ، وتمامه فى الهداية (فإن مات الموصى له عاد) العبد الموصى به (إلى الورثة) لأن الموصى أوجب الحق للموصى له ؛ ليستوفى المنافع على حكم ملكه ؛ فلو انتقل إلى وارث الموصَى له استحقها ابتداء من ملك الموصى بلارضاه ، وذلك لايجوز ، هداية (فإن مات الموصَى له فى حياة الموصى بطلت الوصية) ؛ لما تقدم أن الوصية إيجاب بعد الموت ، وقد مات الموصى له قبل وجوب الحق له ؛ فبطل .

(وإذا أوصى لولد فلان فالوصية بينهم) أى بين جميع أولاده (الذكر والأنثى فيه سواء) ؛ لأن اسم الولد ينطلق عليهما على حد سواء .

وَمَنْ أَوْصَى لِوَرَثَةِ فُلَانٍ فَالْوَصِيَّةُ بَيْنَهُمْ : لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ .

وَمَنْ أَوْصَى لِزَيْدٍ وعَمْرٍو بِثُلُثِ مَالِهِ ، فَإِذَا عَمْرٌو مَيِّتٌ ، فَالثُّلُثُ كُلُّهُ لِزَيْدٍ

وإِنْ قَالَ : « ثُلُثُ مَالِي بَيْنَ زَيْدٍ وعَمْرٍو » ، وزَيْدٌ مَيِّتٌ كَانَ لِعَمْرٍو نِصْفُ الثُّلُثِ .

وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ ولاَ مَالَ لَهُ ثُمَّ اكْتَسَبَ مَالاً اسْتَحَقَّ الْمُوصَى لَهُ ثُلُثَ

(ومن أوصى لورثة فـــلان فالوصية بينهم) أى بين جميع ورثته (للذكر مثل حظ الأنثيين) ، لأن الإيجاب باسم الميراث يقتضى التفضيل ، كما فى الميراث .

(ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله) مثلا (فإذا عمرو ميت) قبل الوصية (فالثلث كله لزيد) ، لأن الميت ليس بأهل للوصية ، فلا يزاحِمُ الحى ، فصار كما إذا أوصى لزيدوجدار ، وعن أبي يوسف : أنه إذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث ، وعلى مافى الكتاب مشى المحبوبى والنسفى وغيرهما ، تصحيح .

(وإن قال) الموصى (ثلث مالى بين زيد وعمرو ، وزيد ميت) قبل الوصية (كان لعمرو نصف الثلث) ، لأن ابتداء الإيجاب لايوجب له إلا النصف ، لأن كلمة « بين » تقتضى الاشتراك .

(ومن أوصى بثلث ماله ولا مال له) إذ ذاك ، أو كان له مال وهلك ، (ثم) بعــد ذلك (اكتسب مالا) ومات (استحق الموصى له ثلث

مَا يَمْلِكُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ ، وَاللهُ أَعْلَمُ .

كتاب الفرائض

الْمُجْمَعُ عَلَى تَوْرِيثِهِم مِنَ الذُّكُورِ .

ما يملكه) الموصِى (عند الموت) لأن الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت ، ويثبت حكمه بعده ، فيشترط وجود المال عند الموت ، لا قبله ، هداية .

كتاب الفرائض

الفرائض : جمع فريضة ، فعيلة من الفَرْضِ ، وهو فى اللغة : التقدير والقَطْع، وفى الشرع : ما ثبت بدليل قطعى لا شبهة فيه . وسمى هذا النوع من الفقه « فرائض » لأنه سهام مُقَدَّرة ثبتت بدليل قطعى لا شبهة فيه ؛ فقد اشتمل على المعنى اللغوى والشرعى ، وإنما خص بهذا الاسم لأن الله تعالى سماه به ، فقال بعد القسمة : « فريضة من الله » وكذا النبى صلى الله عليه وسلم حيث قال : « تعلموا الفرائض » .

والفرائض من العلوم الشريفة التى تجب العناية بها ؛ لافتقار الناس إليها ، ففى الحديث : « تعلموا الفرائض ، وعلموها الناس ، فإنى امرؤ مقبوض ، وإن العلم سيقبض ، وتظهر الفتن ، حتى يختلف اثنان فى الفريضة فلا يجدان من يقضى بينهما» رواه الإمام أحمد ، والترمذى ، والنسائى ، والحاكم ، وقال:صحيح الإسناد لكن فى رواية الحاكم « من يقضى بها » .

قال رحمه الله تعالى :(المُجْمع على توريثهم من الذكور) فرضاً أو تعصيباً أو بهما

عَشَرَةٌ : الِابْنُ ، وابْنُ الأَبْنِ وإِنْ سَفَلَ ، والْابُ ، وَالجَدُّ أَبُ الْأَبِ وإِنْ عَلاَ ، وَالْأَخُ ، وابْنُ الْأَخِ ؛ وَالْعَمُّ ، وَابْنُ الْعَمِّ ، والزَّوْجُ ، وَمَوْلَى النِّعْمَةِ .

وَمِنَ الْإِنَاثِ سَبعٌ : الْبِنْت ، وَ بِنْتُ الِابْنِ ، والأُمُّ ، والجَدَّةُ ، والْأُخْتُ ، والزَّوْجةُ ، وَمَوْلَاةُ النِّعْمةِ .

بطريق الاختصار (عشرة : الابن ، وابن الابن و إن سفل) بمحض الذكور (والأب ، والجد أب الأب و إن علا) بمحض الذكور (والأخ) مطلقاً (وابن الأخ) الشقيق أو لأب و إن سفل بمحض الذكور (والعم) الشقيق أو لأب (وابن العم) كذلك و إن سفل بمحض الذكور (والزوج ، ومولى النعمة) أى المعتِقُ ، أما بطريق البسط فخمسة عشر : الابن ، وابنه و إن نزل ، والأب ، والجد و إن علا ، والأخ الشقيق ، والأخ للأب ، والأخ للأم ، وابن الأخ الشقيق ، وابن الأخ للأب ، والعم الشقيق ، والعم للأب ، وابن العم الشقيق ، وابن العم للأب ، والزوج ، والمعتق. ومَنْ عدا هؤلاء من الذكور فمن ذوى الأرحام .

(و) المجمع على توريثهم (من الإناث) بطريق الاختصار أيضا (سبع : البنت ، و بنت الابن) و إن سفلت بمحض الذكور (والأم ، والجدة) لأم أو لأب و إن علت مالم تُدْلِ بجد فاسد (والأخت) مطلقاً (والزوجة ، ومولاة النعمة) أى المعتقة ، وأما بطريق البسط فعشرة : البنت ، وبنت الابن ، والأم ، والجدة من قبلها ، والجدة من الأب ، والأخت الشقيقة ، والأخت للأب ، والأخت للأم ، والزوجة ، والمعتقة ، ومن عدا هؤلاء من الإناث فمن ذوى الأرحام .

ولا يَرِثُ أَرْبَعَةٌ : الْمَمْلُوكُ ، والْقَاتِلُ مِنَ الْمَقْتُولِ ، والْمُرْتَدُّ ، وأَهْلُ الْمِلَّتَيْنِ .

والْفُرُوضُ الْمَحْدُودَةُ فِي كِتَابِ اللهِ تَعَالَى سِتَّةٌ : النِّصْفُ ، والرُّبُعُ ، والثُّمُنُ ، والثُّلُثَانِ ، والثُّلُثُ ، والسُّدُسُ

فَالنِّصْفُ فَرْضُ خَمْسَةٍ : فَرْضُ الْبِنْتِ ، وَبِنْتِ الابْنِ إِذَا لَمْ تَكُنْ بِنْتُ الصُّلْبِ ، والأُخْتِ .

(ولا يرث أربعة : المملوك) مطلقاً ؛ لأن الميراث نوع تمليك ، والعبد لا يملك ولأن ملكه لسيده ، ولا قرابة بين السيد والميت (والقاتل من المقتول) لاستعجاله ما أخَّره الله تعالى فعوقب بحرمانه ، وهذا إذا كان قتلا يوجب القَوَدَ أو الكفارة ، وأما مالا يتعلق به ذلك فلا يمنع ، وقد مر فى الجنايات (والمرتد) فلا يرث من مسلم ولا ذمى ولا مرتد ؛ لأنه لا ملة له ؛ بدليل أنه لا يُقَرُّ على ماهو عليه (وأهل الملتين) فلا توارث بين مسلم وكافر ، وكذا أهل الدارين : حقيقة كالذمى والحربى ، أو حكما كالذمى والمستأمن ، وحربيين من دارين مختلفين كتركى وهندى ؛ لانقطاع العصمة فيما بينهم ، بخلاف المسلمين كما فى الدر .

(والفروض المحدودة) أى المقدرة (فى كتاب الله تعالى ستة : النصف ، و) نصفه وهو (الربع ، و) نصف نصفه وهو (الثمن ، والثلثان ، و) نصفهما وهو (الثلث ، و) نصف نصفهما وهو (السدس) ويقال غير ذلك من العبارات التى أخصرها قول ابن الهائم : ثلثٌ وربعٌ ونصفُ كلٍّ وضعفُه .

(فالنصف فرض خمسة) أصناف (للبنت) عند انفرادها (وبنت الابن إذا) كانت منفردة (ولم تكن بنت الصلب)ولا ابن فأكثر (والأخت) الشقيقة وهى

مِنَ الْأبِ والأمِّ ، والأختِ مِنَ الْأبِ إذَا لَمْ تَكُنْ أُخْتٌ لِأبٍ وَأُمٍّ ، والزَّوجِ إذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ ولاَ وَلَدُ ابْنٍ .

والرُّبُعُ فَرْضُ الزَّوْجِ مَعَ الوَلَدِ أوْ ولَدِ الابْنِ ، والزَّوْجَاتِ إذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ وِلدٌ ولاَ وَلَدُ ابنٍ .

والثُمنُ فَرْضُ الزَّوْجَاتِ مَعَ الوَلَدِ وولَدِ الِابْنِ .

والثلثانِ لِكلِّ اثنَيْن فَصَاعِداً مِمَّنْ فَرْضُهُ النِّصْفُ إلاَّ الزَّوْجَ .

الأخت (من الأب والأم) عند انفرادها ، وعدم الأولاد وأولاد الأبناء (والأخت من الأب إذا) كانت منفردة ، و (لم تكن أخت) ولا أخ (لأب وأم) فأكثر ، ولا من شرط فَقْدُه مع الشقيقة (وللزوج إذا لم يكن للميت ولد) مطلقا (ولا ولد ابن) .

(والربع) فرض اثنين : (للزوج مع الولد) مطلقاً (أو ولد الابن ، وللزوجات) تستقل به الواحدة إذا انفردت ، ويشترك به الأكثر (إذا لم يكن للميت ولد) مطلقاً (ولا ولد ابن) .

(والثمن) فرض صنف واحد : أى (للزوجات مع الولد) مطلقاً (أو ولد الابن) تستقل به الواحدة إذا انفردت ، ويشترك به الأكثر كما مر

(والثلثان) فرض أربعة أصناف عبر عنها بقوله : (لكل اثنين فصاعدا ممن فرضُه النصفُ ، إلا الزوج) وتقدم أنهم خمسة ، فإذا خرج الزوج المستثنى بقى أربعة ، وهن . البنات ، و بنات الابن ، والأخوات الأشقاء ، والأخوات من الأب ، و يشترط فى حال تعددهن ما يشترط حال انفرادهن .

والثلثُ لِلأُمِّ إذَا لَمْ يَكُنْ لِلمَيِّتِ وَلَدٌ ، وَلاَ وَلَدُ ابْن ، وَلاَ اثْنَانِ مِنَ الإِخْوَةِ وَالأَخَواتِ فَصَاعِداً ، وَيُفْرَضُ لَها فِي مَسْأَلَتَيْنِ ـ وَهُمَا : زَوْجٌ وَأَبَوانِ ، وَامْرَأَةٌ وَأَبَوَانِ ـ ثُلُثُ ما يَبْقَى بَعْدَ فَرْض الزَّوْجِ أوِ الزَّوْجَةِ ، وَهُو لِكُلِّ اثْنَيْنِ فَصَاعِداً مِنْ وَلَدِ الأُمِّ : ذُكُورُهُمْ وَ إِنَاثُهُمْ فِيهِ سَوَاء .

وَالسُّدُسُ فَرْضُ سَبْعَةٍ: لِكلِّ وَاحِدٍ مِنَ الأَبَوَيْنِ مَعَ الوَلَدِ أَوْ وَلَدِ الابْنِ ، وَلِلأُمِّ مَعَ

(والثلث) فرض صنفين : (للأم إذا لم يكن للميت ولد) مطلقاً (ولا ولد ابن، ولا اثنان) فأكثر (من الإخوة والأخوات) أشقاء أو لأب أو لأم، متحدين أو مختلفين (ويفرض لها) أى الأم (فى مسألتين) فقط (وهما : زوج وأبوان ، وامرأة) أى زوجة (وأبوان ـ ثلث ما يبقى بعد) رفع (فرض الزوج) فى الأول (و)فرض (الزوجة) فى الثانية ، وكان الأصل ـ على ماسبق ـ أن يكون لها ثلث جميع المال، ولكن يلزم من ذلك تفضيلُ الأم على الأب ، فأعطيت ثلث الباقى ، ولو كان مكان الأب جد كان لها ثلث الجميع (وهو) أى الثلث لكل اثنين فصاعدا من ولد الأم ، ذكورهم و إناثهم فيه) أى الثلث المفروض لهم (سواء) أى : من غير تفضيل ذكرهم على أنثاهم ؛ لقوله تعالى : « فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث » والتشريك إذا أطلق يقتضى المساواة .

(والسدس فرض سبعة) أصناف : (لكل واحد من الأبوين مع وجود الولد) مطلقا (أو ولد الابن) مطلقا (وللأم) أيضا (مع) اثنين فأكثر

الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ مِنْ أَيِّ جِهَةٍ كَانُوا ، وَلِلْجَدَّاتِ ، وَلِلْجَدِّ ، مَعَ الْوَلَدِ أَوْ وَلَدِ الِابْنِ ، وَلِبَنَاتِ الِابْنِ مَعَ الْبِنْتِ ، وَلِلْأَخَوَاتِ لِأَبٍ مَعَ الْأُخْتِ لِأَبٍ وَأُمٍّ ، وَلِلْوَاحِدِ مِنْ وَلَدِ الْأُمِّ .

وَتَسْقُطُ الْجَدَّاتُ بِالْأُمِّ ، وَالْجَدُّ وَالْإِخْوَةُ وَالْأَخَوَاتُ بِالْأَبِ .

من (الإخوة والأخوات) مطلقا ، مع الاتحاد أو الاختلاف ، وارثين أولا (وللجدات الصحيحات ، وهن اللاتى لم يدلين بجد فاسد ، تستقل به الواحدة إذا انفردت ويشترك به الأكثر إذا كثرن وتحاذين (وللجد) الصحيح ، وهو الذى لم يدخل فى نسبته إلى الميت أنثى (مع الولد) أو ولد الابن ، وعدم الأب ، لأنه يقوم مقامه (ولبنات الابن) إذا كن (مع البنت) إذا لم يكن معهن من يعصبهن ، تستقل به الواحدة إذا انفردت ، ويشترك به الأكثر (والأخوات لأب مع الأخت) الواحدة التى (لأب وأم) إذا لم يكن معهن من يعصبهن ، تستقل به الواحدة إذا انفردت ، ويشترك به الأكثر كما مر (وللواحد من ولد الأم) سواء كان ذكرا أو أنثى .

* * *

ولما أنهى الكلام على أصحاب الفروض ، شرع فى ذكر الحجب ، فقال :(وتسقط الجدات) مطلقاً (بالأم ، و) يسقط (الجد والإخوة والأخوات) مطلقا (بالأب)

وَيَسْقُطُ وَلَدُ الأُمِّ بِأَرْبَعَةٍ : بالوَلَدِ ، وَوَلَدِ الابْنِ ، وَالأَبِ ، وَالجَدِّ .

وإذَا اسْتَكْمَلَ البَنَاتُ الثُّلُثَيْنِ سَقَطَتْ بَنَاتُ الابْنِ ؛ إلاَّ أنْ يَكُونَ بإزَائِهِن أوْ أسْفَلَ مِنْهُنَّ ابْنُ ابْنٍ فَيُعَصِّبُهُنَّ .

وَإذَا اسْتَكْمَلَ الأَخَوَاتُ لِأَبٍ وأُمٍّ الثُّلُثَيْنِ سَقَطَتِ الأَخواتُ لِأَب ، إلا أن يَكُونَ مَعَهُنَّ أَخٌ لَهُنَّ فَيُعَصِّبُهُنَّ .

(ويسقط ولد الأم) أى الأخ من الأم (بأربعة) أصناف (بالولد) مطلقاً (وولد الابن) مطلقا ، وإن سفل بمحض الذكور (والأب ، والجد) الصحيح وإن علا .

(وإذا استكملت البنات الثلثين سقطت بنات الابن) ، لأنه لاحق للبنات وبنات الابن فيما وراء الثلثين فريضة (إلا أن يكون بإزائهن) أى بإزاء بنات الابن سواء كان أخا أو ابن عم (أو أسفل منهن) بدرجة أو أكثر (ابن ابن فيعصبهن) إلا أنه إنما يعصب مَنْ فوقه إذا لم تكن ذات سهم ، أما إذا كانت ذات سهم كما إذا كان بنت وبنت ابن وابن ابن ابن ، فإن البنت تأخذ النصف ، وبنت الابن السدس ، والباقى لابن ابن الابن ، ولا تصير عصبة به .

(وإذا استكملت الأخوات لأب وأم الثلثين سقطت الأخوات لأب) ؛ لأنه لا حَقَّ للأخوات فيما وراء الثلثين فريضة (إلا أن يكون معهن أخ لهن فيعصبهن) كما مر فى بنات الابن مع البنات . وسيذكر تمام أحكام الحجب بعد إنهاء الكلام على العصبات .

باب أقرب العصبات

وأَقْرَبُ الْعَصَبَاتِ الْبَنُونَ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ ، ثُمَّ الأَبُ ، ثُمَّ الْجَدُّ ، ثُمَّ بَنُو الأَبِ ، وهُمُ الإِخْوَةُ ، ثُمَّ بَنُو الْجَدِّ ، وَهُمُ الأَعْمَامُ ، ثُمَّ بَنُو أَبِ الْجَدِّ .

وإِذَا اسْتَوَى بَنُو أَبٍ فى الدَّرَجَةِ فَأَوْلاهُمْ مَنْ كَانَ لأَبٍ وأُمٍّ

باب أقرب العصبات

(وأقرب العصبات) جمع عَصَبة – وهو ذكر لم تدخل فى نسبته إلى الميت أنثى – جُزء المَيِّتِ[1] ، وهم (البنون ، ثم بنوهم) وإن سفلوا بمحض الذكور (ثم) أصله ، وهو (الأب ، ثم الجد) وإن علا بمحض الذكور (ثم بنو الأب ، وهم الإخوة) لأبوين ، أو لأب عند عدم الإخوة لأبوين ، ثم بنوهم كذلك وإن سفلوا بمحض الذكور (ثم بنو الجد ، وهم الأعمام) لأبوين ، أو لأب عند عدم الأعمام لأبوين ، ثم بنوهم كذلك ، وإن سفلوا بمحض الذكور (ثم بنو أب الجد) وهم أعمام أب الميت : لأبوين ، أو لأب ، ثم بنوهم كذلك وإن سفلوا ، وهكذا ؛ لأنهم فى القرب والدرجة على هذا الترتيب ؛ فيكونون فى الميراث كذلك .

(وإذا استوى بنو أب فى درجة) وكانوا كلهم لأب وأم أو لأب فقط اشتركوا فى الميراث ، وإن كان بعضهم لأب وأم وبعضهم لأب فقط (فأولاهم) بالميراث (من كان لأب وأم) ؛ لأن الانتساب إلى الأبوين أقوى ؛ فيقع به الترجيح . ولما ذكر العصبة بنفسه أراد أن يتمم أنواع العصبة بذكر العصبة بغيره ؛ فقال :

---

(١) جعل الشارح هذا خبر المبتدأ الذى هو قوله « أقرب العصبات »

وَالِابْنُ وَابْنُ الِابْنِ وَالإِخْوَةُ يُقَاسِمُونَ أَخَوَاتِهِمْ ، لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ ، وَمَنْ عَدَاهُمْ مِنَ الْعَصَبَاتِ يَنْفَرِدُ بِالْمِيرَاثِ ذُكُورُهُمْ دُونَ إِنَاثِهِمْ

وَإِذَا لَمْ يَكُنْ عَصَبَةٌ مِنَ النَّسَبِ فَالْعَصَبَةُ هُوَ الْمَوْلَى الْمُعْتِقُ ، ثُمَّ أَقْرَبُ عَصَبَةِ الْمَوْلَى .

(والابن وابن الابن والإخوة) لأبوين أو لأب كما مرّ (يقاسمون أخواتهم للذكر مثل حظ الانثيين) لأن أخواتهم يصرن عصبة بهم ، أما البنات وبنات الابن فلقوله تعالى : « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » وأما الأخوات فلقوله تعالى : « وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين » (ومن عداهم) أى : من عدا الابن وابن الابن والإخوة (من) بقية (العصبات) كالعم وابنه وابن الأخ (ينفرد بالميراث ذكورهم دون إناثهم) ؛ لأن أخواتهم لا يصرن عصبة بهم ؛ لأنهن لم يكن لهنّ فرضٌ ، بخلاف الأولين فإن أخواتهم لهنّ فرضٌ ، وجُعلوا عصبة بهم لئلا يكون نصيبهن مساوياً لنصيبهم أو أكثر ، وههنا ليس كذلك .

وبقى من العصبات النسبية العصبة مع الغير ، وهم الأخوات لأبوين أو لأب مع البنات أو بنات الابن .

ولما أنهى الكلام على العصبة النسبية أخذ فى ذكر العصبة السببيّة ، فقال (وإذا لم تكن) للميت (عصبة من النسب فالعصبة) له (المولى المعتق) سواء كان ذكراً أو أنثى (ثم) بعده (أقرب عصبة المولى) بنفسه ، على الترتيب السابق .

ولما لم يستوعب أحكام الحجب فيما سبق أخذ فى تمام ذلك فقال :

باب الحجب

وَتُحْجَبُ الأمُّ مِنَ الثُّلُثِ إلى السُّدسِ بِالولدِ ، أوْ بِأخَوَيْنِ .

وَالفَاضِلُ عَنْ فَرْضِ البناتِ لِبَنِي الابْنِ وأخَوَاتِهِمْ ، لِلذَّكَرِ مثلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ .

والفَاضلُ عَنْ فَرْضِ الأختين مِنَ الأبِ والأمِّ لِلإخْوَةِ وَالأخَوَاتِ مِنَ الأب للذكرِ مثلُ حظ الأُنثيَيْنِ .

وَإذَا تَرَكَ بِنتاً وَبَنَاتِ ابْنٍ وَبَنِي ابْنٍ ، فَلِلْبِنتِ النِّصْفُ ، وَالْبَاقِي لِبَنِي الابْنِ وَأخَوَاتِهِمْ للذكر مِثلُ حظُّ الأُنثيَيْنِ ، وَكَذَلِكَ الفَاضِلُ عَنْ فَرْضِ الأُخْتِ مِنَ

باب الحجب

(وتحجب الأم من الثلث إلى السدس بالولد) أو ولد الابن (أوأخوين) مطلقاً كما مر آنفاً (والفاضل عن فرض البنات لبنى الابن وأخَوَاتهم للذكر مثل حظ الأنثيين) لما مر أنهن يصرن عصبة بهم (و) كذلك (الفاضل عن فرض الأختين من الأب والأم للاخوة والأخوات من الأب للذكر مثل حظ الانثيين) كما مر (وإذا ترك) الميت (بنتاًوبنات ابن)واحدةأوأكثر (وبنى ابن) واحداً أو أكثر إخْوَةً لبنات الابن أو أولاد عم أو مختلفين (فللبنت النصف والباقى لبنى الابن وأخواتهم) أو أولاد عمهم (للذكر مثل حظ الانثيين) اعتباراً بما إذا لم يكن معهم ذو فرض (وكذلك الفاضل عن) النصف (فرض الأخت من

الأَبِ وَالأُمِّ لِبَنِي الأَبِ وَبَنَاتِ الأَبِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ .

وَمَنْ تَرَكَ ابْنَيْ عَمٍّ أَحَدُهُمَا أَخٌ لِأُمٍّ فَلِلْأَخِ لِلأُمِّ السُّدُسُ، وَالْبَاقِي بَيْنَهُمَا .

وَالْمُشَرَّكَةُ : أَنْ تَتْرُكَ الْمَرْأَةُ زَوْجًا وَأُمًّا - أَوْ جَدَّةً - وَأُخْتَيْنِ مِنْ أُمٍّ وَأَخًا لِأَبٍ وَأُمٍّ ، فَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، وَلِلأُمِّ السُّدُسُ ، وَلِوَلَدِ الأُمِّ الثُّلُثُ ، وَلَا شَيْءَ لِلْإِخْوَةِ مِنَ الأَبِ وَالأُمِّ .

من الأب والأم) يكون (لبنى الأب وبنات الأب ، للذكر مثل حظ الأنثيين) وقد مر آنفا .

(ومن ترك ابنى عم أحدهما أخ لأم فللأخ) من الأم (السدس) بالفرضية، (والباقي) بعد السدس (بينهما) نصفين بالعصوبة ؛ لاستوائهما بها .

(و) المسألة (المشركة) بفتح الراء كما ضبطها ابن الصلاح والنووى ، أى المشرك فيها وبكسرها على نسبة التشريك إليها مجازا كما ضبطها ابن يونس : أى المشتهرة بذلك عند الفرضيين ، وصورتها (أن تترك المرأة زوجا و) ذات سدس (أما أو جدة) صحيحة (وأختين من أم) فأكثر (وأخا لأب وأم) فأكثر (فللزوج النصف ، وللأم السدس ، ولولدى الأم الثلث) بالنصوص الواردة فيهم (ولا شيء للأخ من الأب والأم) لاستغراق التركة بالفروض .

ولما أنهى الكلام على أحكام الحجب أخذ فى أحكام الرد ، فقال :

باب الرد

وَالْفَاضِلُ عَنْ فَرْضِ ذَوِى السِّهَامِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَصَبَةٌ مَرْدُودٌ عَلَيْهِمْ بِمِقْدَارِ سِهَامِهِمْ ، إِلاَّ عَلَى الزَّوْجَيْنِ .

* * *

وَلاَ يَرِثُ الْقَاتِلُ مِنَ الْمَقْتُولِ ، وَالْكُفْرُ كُلُّهُ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ يَتَوَارَثُ بِهِ أَهْلُهُ .

وَلاَ يَرِثُ الْمُسْلِمُ مِنَ الْكَافِرِ ، وَلاَ الْكَافِرُ مِنَ الْمُسْلِمِ ، وَمَالُ الْمُرْتَدِّ لِوَرَثَتِهِ مِن الْمُسْلِمِينَ ، وَمَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ رِدَّتِهِ فَيْءٌ .

باب الرد

(والفاضل عن فرض ذوى السهام - إذا لم يكن عصبة - مردود عليهم) أى على ذوى السهام (بمقدار سهامهم ، إلا) أنه لا يردُّ (على الزوجين) ؛ لأن الرد إنما يستحق بالرحم ، لقوله تعالى : « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض » ولا رحم بين الزوجين .

* * *

(ولا يرث القاتل) إذا كان بالغاً عاقلا (من المقتول) وقد مر (والكفر كله ملة واحدة يتوارث به أهله) إذا اتحدت الدار كما مر (ولا يرث المسلم من الكافر ، ولا الكافر من المسلم) لاختلاف الملة

(ومال المرتد) الذى اكتسبه حالة إسلامه إذا مات أو قتل (لورثته من المسلمين) لاستناد زوال الملك لزمن الردة (وما اكتسبه فى حال ردته فىء) ؛ لأنه مُباحُ الدم ؛ فيكون ما يكتسبه فى تلك الحالة فيئا كما فى الحربى .

وإِذَا غَرِقَ جَمَاعَةٌ أَوْ سَقَطَ عَلَيْهِمْ حَائِطٌ فَلَمْ يُعْلَمْ مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ أَوَّلاً فَمَالُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لِلأَحْيَاءِ مِن وَرَثَتِهِ .

وَإِذَا اجْتَمَعَ فِي المَجُوسِيِّ قَرَابَتَانِ لَوْ تفرَّقَتْ فِي شَخْصَيْنِ وَرِثَ أَحَدُهُمَا مَعَ الآخَرِ وُرِّثَ بِهِمَا ، وَلا يَرِثُ المَجُوسِيُّ بِالأَنْكِحَةِ الفَاسِدَةِ الَّتِي يَسْتَحِلُّونَهَا فِي دِينِهِمْ .

وَعَصَبَةُ وَلَدِ الزِّنَا وَوَلَدِ المُلَاعَنَةِ مَوْلَى أُمِّهِمَا .

(وإذا غرق جماعة) أو احترقوا (أو سقط عليهم حائط فلم يعلم من مات منهم أولا فمال كل واحد منهم) يكون (للأحياء من ورثته) ولا يرث بعضهم من بعض ، لأنه لما لم يعلم حالهم جعلوا كأنهم ماتوا معاً ، وإذا ماتوا معاً لا يرث بعضهم من بعض ؛ لاشتراط تحقق حياة الوارث بعد موت المورث .

(وإذا اجتمع فى المجوسى قرابتان) وكان بحيث (لو تفرقت) قرابتاه (فى شخصين) لكان (ورث أحدهما) : أى أحد المفروضين (مع الآخر ورث بهما) اعتباراً بالمسلم إذا كان له قرابتان كابن العم إذا كان أخا لأم كما مر (ولا يرث المجوسى بالأنكحة الفاسدة التى يستحلونها فى دينهم) ؛ لاستحقاقها النقض والفسخ ، ولهذا لو رفع إلينا لا نقرهم عليه ، والعقد الفاسد لا يوجب الاستحقاق .

(وعصبة ولد الزنا وولد الملاعنة مولى أمهما) ؛ لأنه لا نسب لهما من قبل الأب ؛ فيكون ولاؤهما لمولى الأم ، والمراد بالمولى ما يعم المعتق والعصبة ؛ ليتناول مالو كانت حرة الأصل ، قال فى التصحيح نقلا عن الجواهر : يعنى إذا كانت الأم حرة الأصل يكون الميراث لمواليها ، وهم عصبتها ، وإن كانت معتقة يكون الميراث لمعتقها أو عصبته فقوله « مولى أمهما » يتناول المعتق وغيره وهو عصبة أمهما . اهـ .

وَمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ حَمْلاً وُقِفَ مَالُهُ حَتَّى تَضَعَ امْرَأَتُهُ حَمْلَهَا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ .

وَالْجَدُّ أَوْلَى بِالْمِيرَاثِ مِنَ الْإِخْوَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يُقَاسِمُهُمْ ، إِلاَّ أَنْ تَنْقُصَهُ الْمُقَاسَمَةُ مِنَ الثُّلُثِ .

وَإِذَا اجْتَمَعَتِ الْجَدَّاتُ فَالسُّدُسُ لِأَقْرَبِهِنَّ ،

(ومن مات وترك) ورثة و (حملا) يشارك بقية الورثة أو يحجبهم حجب نقصان (وقف ماله) أى مال الميت (حتى تضع امرأته عند أبى حنيفة) ؛ لئلا يحتاج إلى فسخ القسمة ، فإن طلب الورثة حقوقهم دفع إليهم المتيقن ، و يوقف ميراث أربع بنين فى رواية ابن المبارك عن الإمام ،وقال محمد : ميراث ابنين ؛ وقال أبو يوسف: ميراث واحد،قال الزاهدى والاسبيجابى وصاحب الحقائق والمحيط وقاضيخان :وعليه الفتوى ، وقال قاضيخان : وهو مختار الصدر الشهيد ، و به أفتى فخر الدين ، وهو المختار ، تصحيح . و إنما قيدت بما إذا كان يشارك بقية الورثة أو يحجبهم حجب نقصان ؛ لأنه إذا كان يحجب حجب حرمان فإنه يوقف جميع التركة اتفاقاً .

(والجد) الصحيح (أولى بالميراث من الإخوة) والأخوات (عند أبى حنيفة لأنه بمنزلة الأب عند فقده (وقالا : يقاسمهم إلا أن تنقصه المقاسمة من الثلث) فيكون له الثلث والباقى بين الإخوة والإخوات ؛ قال الإسبيجابى : والصحيح قول أبى حنيفة ، وقال فى الحقائق : و به يفتى ، تصحيح .

(و إذا اجتمعت الجدات)الصحيحات، وتفاوتن فى الدرجة (فالسدس لأقربهن)

وَيَحْجبُ الْجَدُّ أُمَّهُ ،

وَلاَ تَرِثُ أُمُّ أَبِي الأمِّ بِسَهمٍ ، وَكُلُّ جَدَّةٍ تحجُبُ أُمَّهَا .

باب ذوى الأرحام

وَإذا لَمْ يَكُنْ لِلمَيِّتِ عَصَبَةٌ وَلاَ ذُو سَهمٍ وَرِثَهُ ذَوُو أرْحَامِهِ ، وَهُمْ عَشَرَةٌ : ولَدُ البِنْتِ ، وَوَلَدُ الأختِ ، وابْنَةُ الأخِ ، وَابْنَةُ العَمِّ ، وَالخَالُ ، والخَالَةُ ، وأَبُ الأم ، والعمُّ مِنَ الأمِّ ، والعَمةُ ، وَوَلَدُ

من أى جهة كانت (ويحجب الجدُّ أمه) لأنها تُدْلِي به (ولا ترث أم أبى الأم بسهم) أى بفرض ؛ لإدلائها بغير الوارث ؛ فهى من ذوى الأرحام (وكل جدة تحجب أمها) لأنهما يرثان بجهة واحدة ؛ فكانت القُرْبى أولى كالأم والجدة .

ولما أنهى الكلام على الوارثين بالفرضية والعصوبة أخذ فى الكلام على ذوى الأرحام فقال :

باب ذوى الأرحام

(وإذا لم يكن للميت عصبة ولا ذو سهم ورثه ذوو أرحامه) ، لقوله تعالى : « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض» والأرحام : جمع رحم ، وهو : قريب ليس بعصبة ولا ذى سهم (وهم عشرة) أصناف : الأول (ولد البنت) مطلقاً (و) الثانى (ولد الأخت) مطلقا (و) الثالث (ابنة الأخ) مطلقاً (و) الرابع (ابنة العم) مطلقا (و) الخامس (الخال) مطلقاً (و) السادس (الخالة) مطلقا (و) السابع (أب الأم ، و) الثامن (العم) أخ الأب (من الأم ، و) التاسع (العمة) مطلقا (و) العاشر (ولد

الأخِ مِنَ الأمّ ، وَمَنْ أدْلَى بِهِمْ ،

وَأَوْلاَهُمْ وَلَدُ الْمَيّتِ ، ثُمّ وَلَدُ الأبَوَيْنِ ، أوْ أحَدِهِمَا ، وهُمْ بَنَاتُ الإخْوَةِ وَوَلَدُ الأخَوَاتِ ، ثُمّ وَلَدُ أبَوَيْ أبَوَيْهِ أوْ أحَدِهِمَا ، وهُمُ الأخْوَالُ وَالخَالاتُ والْعَمّاتُ .

وَإذَا اسْتَوَى وَلَدُ أبٍ فِي دَرَجَةٍ فَأوْلاهُمْ مَنْ أدْلَى بِوَارِثٍ ، وأقْرَبُهُمْ أوْلَى مِنْ أبْعَدِهِمْ ، وأبُ الأمّ أوْلَى مِنْ وَلَدِ الأخِ وَالأخْتِ .

الأخ من الأم ، و) كذلك (من أدلى بهم) ؛ لوجود القرابة والرحم .

ولما كان توريث ذوى الأرحام كتوريث العصبة بحيث من انفرد منهم أحرز جميع المال ، و إذا اجتمعوا يعتبر أولا قرب القرابة، ثم قرب الدرجة ، ثم قرب القوة بكون الأصل وارثا — شرع فى بيان ذلك ، فقال : (وأولاهم) أى أقرب جهات ذوى الأرحام (من كان من ولد الميت) ؛ لأنه أقرب إليه من غيره و إن سفل ، ثم الجد الفاسد؛ لأنه مقدم على ولد الأبوين بإجماع أصحابنا كما فى التصحيح عن زاد الفقهاء، ونص عليه المصنف كما يأتى قريبا (ثم ولد الأبوين أو أحدهما وهم بنات الإخوة) مطلقا (وولد الأخوات) مطلقاً (ثم ولد أبوى أبويه أو أحدهما وهم الأخوال والخالات والعمات) مطلقاً (و إذا استوى ولد أب فى درجة) وكان بعضهم يدلى بوارث و بعضهم بغير وارث (فأولاهم من أدلى) إليه (بوارث) ؛ لأن الإدلاء بالوارث أقوى ، وذلك كبنت بنت البنت و بنت بنت الابن ، فالمال كله لبنت بنت الابن ، لما ذكر (و) إن تفاوتوا بالقرب كان (أقربهم) و إن أدلى بغير وارث (أولى من أبعدهم) و إن أدلى بوارث، وذلك كبنت العمة و بنت ابن العم لأبوين أو لأب فالمال كله لبنت العمة ؛ لما مر من أن المعتبر هو القرب (وأب الأم) و إن علا (أولى من ولد الأخ والأخت) اعتبارا بالعصبات ، قال الزاهدى والإسبيجابى :

وَالْمُعْتِقُ أَحَقُّ بِالْفَاضِلِ عَنْ سَهْمِ ذَوِي السِّهَامِ إِذَا لَمْ تَكُنْ عَصَبَةٌ سِوَاهُ ، وَمَوْلَى الْمُوَالَاةِ يَرِثُ .

وَإِذَا تَرَكَ الْمُعْتِقُ أَبَا مَوْلَاهُ وَابْنَ مَوْلَاهُ فَالْمَالُ لِلِابْنِ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : لِلْأَبِ السُّدُسُ وَالْبَاقِي لِلِابْنِ ، فَإِنْ تَرَكَ جَدَّ مَوْلَاهُ وَأَخَ مَوْلَاهُ فَالْمَالُ لِلْجَدِّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : هُوَ بَيْنَهُمَا .

وَلَا يُبَاعُ الْوَلَاءُ ، وَلَا يُوهَبُ .

هذا عند أبي حنيفة ، وقالا : ولد الأخ والأخت أولى ؛ ورَجَّحَا دليل أبي حنيفة ، اختاره النسفي وغيره ، تصحيح .

(والمعتق أحق) من ذوى الأرحام (بالفاضل عن سهم ذوى السهام إذا لم تكن عصبة سواه) وكذلك عصبته بعده كما مر .

(ومولى الموالاة يرث) ممن والاه إذا لم يكن له وارث سواه .

(وإذا ترك المعتق أب مولاه وابن مولاه فماله للابن) وَحْدَه عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن ولاء العتاقة تعصيب ، والابن مقدم على الأب فى التعصيب (وقال أبو يوسف : للأب السدس ، والباقي للابن) اعتبارا بالإرث ، قال الإسبيجابى : الصحيح قولهما ، تصحيح (فإن ترك جد مولاه وأخ مولاه فالمال للجد فى قول أبى حنيفة ، وقالا : هو بينهما) قال الإسبيجابى والزاهدى : هذا بناء على اختلافهم فى الميراث ؛ وقد مر ، قلت : وقد مر أن الفتوى على قول الإمام ، تصحيح .

(ولا يباع الولاء ولا يوهب) لحديث : « الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث »

حساب الفرائض

إذا كانَ فِي المَسْأَلةِ نِصْفٌ وَنِصْفٌ ، أَوْ نِصْفٌ وَمَا بَقِيَ ، فَأَصْلُهَا مِنَ اثْنَيْنِ ، وَإِنْ كَانَ

ولما أتم الكلام على أحكام الفرائض أخذ فى الكلام على كيفية تقسيمها بين مستحِقِّيها ، فقال :

حساب الفرائض

وهذه ترجمة للأصول التى يحتاج إليها الفرضيون فى تصحيح المسائل وقسمة الفروض على مستحقيها ، وفى مخارج الفروض المذكورة فى القرآن العظيم .

واعلم أن مخرج كل فرض مفرد أقل عدد يكون ذلك الفرض منه واحداً صحيحاً ، ومخرج الفرض المكرر هو مخرج الفرض المفرد ؛ فالنصف من اثنين ، والثلث من ثلاثة ، وكذا الثلثان ، وهكذا .

ثم اعلم أن الفروض المقدرة نوعان : النصف ، والثلثان ، ونصفهما ونصف نصفهما كما سبق ؛ فإن لم يختلط أحد النوعين فى الآخر كان أصل المسألة من مخرج أدق فرض فيها ، وإن اختلط أحد النوعين فى الآخر ؛ فإن اختلط النصف بالنوع الثانى كله أو بعضه ، فالمسألة من ستة ، وإن اختلط الربع كذلك فمن اثنى عشر ، وإن اختلط الثمن كذلك فمن أربعة وعشرين . وقد أخذ المصنف فى بيان ذلك فقال :

(إذا كان فى المسألة نصف ونصف) كزوج وأخت شقيقه أو لأب (أو نصف وما بقى) كبنت وأخت شقيقة أو لأب (فأصلها من اثنين ، وَإن كان) فى المسألة

ثُلُثٌ وَمَا بَقِي ، أَوْ ثُلُثَانِ وَمَا بَقِي فَأَصْلُهَا مِنْ ثَلَاثَة ، وَإِنْ كَانَ رُبُعٌ وَمَا بَقِي أَوْ رُبُعٌ وَنِصْفٌ فَأَصْلُهَا مِنْ أَرْبَعَة ، وَإِنْ كَانَ ثُمُنٌ وَمَا بَقِيَ ، أَوْ ثُمُنٌ وَنِصْفٌ وَمَا بَقِي فَأَصْلُهَا مِنْ ثَمَانِيَةَ ، وَإِذَا كَانَ سُدُسٌ وَمَا بَقِي أَو نِصْفٌ وثلثٌ أَوْ سُدُس فأَصْلُهَا مِنْ سِتَّة ، وتَعُولُ إِلى سَبْعَة وثمانية وتسْعَة وَعَشَرَة .

وَإِنْ كَانَ مَعَ الرُّبُعِ ثلثٌ أَوْ سُدُسٌ فأَصْلُهَا مِنَ اثْنَيْ عَشَرَ ، وتَعُولُ إِلى ثَلَاثَةَ عَشَرَ وَخَمْسَةَ عَشَرَ

(ثلث وما بقى) كأم وأخ شقيق أو لأب ، أو ثلث وثلثان كأخوين لأم وأختين لأبوين أو لأب (أو ثلثان وما بقى) كبنتين وعم (فأصلهامن ثلاثة ، وإن كان) فى المسألة (ربع ومابقى) كزوج وعم (أو ربع ونصف) كزوج و بنت (فأصلها من أربعة ، وإن كان) فى المسألة (ثمن ومابقى) كزوجةوابن (أو ثمن ونصف ومابقى) كزوجة و بنت وعم (فأصلهامن ثمانية ، وإذا كان) فى المسألة (سدس وما بقى) كجدةوعم أوسدس وثلث ومابقى كأم وولدى أم وعم ، أو سدس ونصف وما بقى كجدة وزوج وعم (أو نصف وثلث) وما بقى كأم وأخت شقيقة أولأب وعم (أو) نصف (وسدس) ومابقى كأم و بنت وعم (فأصلها من ستة ، و) قد (تعول) الستة (إلى سبعة) كزوج وأختين لأب (و) إلى (ثمانية) كزوج وثلاث أخوات متفرقة (و) إلى (تسعة) كزوج وأختين لأب وأختين لأم (و) إلى (عشرة) كزوج وأم وأختين لأب وأختين لأم

(وإن كان مع الربع ثلث) كزوجة وأم (أو) كان مع الربع (سدس) كزوجة وأخ لأم (فأصلها من اثنى عشر ، و) قد (تعول) الاثنا عشر (إلى ثلاثة عشر) كزوجة وثلاثة أخوات متفرقة (وخمسة عشر) كالمسألة السابقة بزيادة أخت

وَسَبْعَةَ عَشَرَ

وَإِذَا كَانَ مَعَ الثُّمُنِ ثُلُثَانِ أَوْ سُدُسٌ فَأَصْلُهَا مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، وَتَعُولُ إِلَى سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ .

فَإِذَا انْقَسَمَتِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى الْوَرَثَةِ فَقَدْ صَحَّتْ ، وَإِنْ لَمْ تَنْقَسِمْ سِهَامُ فَرِيقٍ عَلَيْهِمْ فَاضْرِبْ عَدَدَهُمْ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ وَعَوْلِهَا إِنْ كَانَتْ عَائِلَةً ، فَمَا خَرَجَ فَمِنْهُ تَصِحُّ الْمَسْأَلَةُ ، كَامْرَأَةٍ وَأَخَوَيْنِ : لِلْمَرْأَةِ الرُّبُعُ سَهْمٌ ، وَلِلأَخَوَيْنِ مَا بَقِيَ ، وَهِيَ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ لا تَنْقَسِمُ عَلَيْهِمَا

أخرى من أم (و سبعة عشر) كما لو كان معهن أم أيضاً .

(وإذا كان مع الثمن ثلثان) كزوجة و بنتين (أو) كان مع الثمن (سدس) كزوجة وأم وابن (فأصلها من أربعة وعشرين ، وتعول إلى سبعة وعشرين) كزوجة وبنتين وأبوين .

(فإن انقسمت المسألة) الحادثة (على الورثة) من غير كسر (فقد صحت المسألة) من أصلها ؛ لحصول المقصود بحصول الانقسام من غير كسر في السهام (وإن لم ينقسم سهام فريق) من الورثة (عليهم) لتعدد ذلك الفريق (فاضرب عددهم) أي عدد ذلك الفريق المنكسر عليه إذا لم يكن بينهما موافقة كما يأتي (في أصل المسأله) إن كانت عادلة (و) في (عولها إن كانت عائلة) ويسمى المضروب فيه عندهم جزء السهم ، (فما خرج فمنه تصح المسألة) ويسمى الحاصل بالضرب التصحيح ، وذلك (كامرأة وأخوين)لأب وأم أو لأب ، أصل المسألة من أربعة (للمرأة الربع سهم وللأخوين ما بقي وهو ثلاثة أسهم) وهي (لا تنقسم عليهما) قسمة صحيحة ولا موافقة بينهما

فَاضْرِبِ اثْنَيْنِ فِي أَصْلِ المَسْأَلَةِ فَتَكُونُ ثَمَانِيَةً ، وَمِنْهَا تَصِحُّ .

وَإِنْ وَافَقَ سِهَامُهُمْ عَدَدَهُمْ ، فَاضْرِبْ وَفْقَ عَدَدِهِمْ فِي أَصْلِ المَسْأَلَةِ ، كَامْرَأَةٍ وَسِتَّةِ إِخْوَةٍ ، لِلْمَرْأَةِ الرُّبُعُ سَهْمٌ ، وَلِلإِخْوَةِ ثَلَاثَةٌ ، فَاضْرِبْ وَفْقَ عَدَدِهِمْ فِي أَصْلِ المَسْأَلَةِ يَكُونُ ثَمَانِيَةً ، وَمِنْهَا تَصِحُّ .

(فاضرب اثنين) عدد رءوسهم (فى أصل المسألة) وهو أربعة (يكون) الحاصل (ثمانية ومنها تصح) المسألة : للمرأة واحد فى اثنين باثنين ، وللاخوين ثلاثة فى اثنين بستة لكل واحد ثلاثة ، وكزوج وثلاث أخوات كذلك : أصلها من ستة ، وعالت إلى سبعة ، وقد انكسر سهام الأخوات عليهن ، ولا موافقة بينهما ، فاضرب عدد رءوسهن — وهى ثلاثة — فى أصل المسألة مع عولها — وهو سبعة — تبلغ إحدى وعشرين ؛ فمنها تصح للزوج ثلاثة فى ثلاثة بتسعة ، وللأخوات أربعة فى ثلاثة باثنى عشر لكل واحدة أربعة

(وإن وافق سهامهم) أى سهام الفريق المنكسر عليهم (عددهم فاضرب وفق عددهم فى أصل المسألة) إن كانت عادلة وعولها إن كانت عائلة كامر ، وذلك (كامرأة وستة إخوة) لأب وأم أو لأب : أصل المسألة من أربعة (للمرأة الربع سهم ، وللاخوة ثلاثة) وهى لا تنقسم عليهم ، لكن بينهما موافقة بالثلث (فاضرب ثلث عددهم) وهو اثنان (فى أصل المسألة) وهو أربعة يكن الحاصل ثمانية (ومنها تصح المسألة) للمرأة واحد فى اثنين باثنين ، وللاخوة ثلاثة فى اثنين بستة لكل واحد منهم واحد ، وكزوج وأبوين وست بنات ، أصلها من اثنى عشر ، وتعول إلى خمسة عشر ، وينكسر سهام البنات عليهن ، وبينهما موافقة بالنصف ، فاضرب وفق الرءوس — وهو ثلاثة — فى أصل المسألة مع عولها يكن الحاصل خمسة وأربعين ، ومنها تصح للزوج ثلاثة فى ثلاثة بتسعة ، وللأبوين أربعة فى ثلاث باثنى عشر لكل واحد ستة ، وللبنات ثمانية فى ثلاثة بأربعة وعشرين لكل واحدة أربعة .

وَإِنْ لَمْ تَنْقَسِمْ سِهَامُ فَرِيقَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ ، فَاضْرِبْ أَحَدَ الْفَرِيقَيْنِ فِي الآخَرِ ثُمَّ مَا اجْتَمَعَ فى الفَرِيقِ الثَّالِثِ ، ثُمَّ مَا اجْتَمَعَ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ ، فَإِنْ تَسَاوَتِ الأَعْدَادُ أَجْزَأَ أَحَدُهُمَا عَنِ الآخَرِ ، كَامْرَأَتَيْنِ وَأَخَوَيْنِ ، فاضرب اثْنَيْنِ فى أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ

ولما فرغ من النظر بين السهام والرءوس أخذ فى النظر بين الرءوس والرءوس على أربعة أصول ؛ لأنه إما أن يتباينا أو يتماثلا أو يتداخلا أو يتوافقا ، ونبه على الأول بقوله : (وإن لم تنقسم سهام فريقين) : من الورثة (أو أكثر) وكان بين العددين مُبَاينة (فاضرب أحد الفريقين) أى عدد رءوس أحد الفريقين (فى) عدد رءوس (الآخر ، ثم)اضرب(مااجتمع) بالضرب (فى الفريق الثالث) إن كان ،ثم مااجتمع فى الرابع إن كان ، وهذا غايته بالاستقراء (ثم) اضرب (مااجتمع) بضرب رءوس الفرق ، ويسمى جزء السهم كما مر (فى أصل المسألة) والحاصل هو التصحيح ،ومثال من ذلك : ثلاث زوجات وأخوان، أصل المسألة من أربعة :للزوجات سهم لا ينقسم عليهن ، وللأخوين ثلاثة لا تنقسم عليهما ، وبين الثلاثة والاثنين تباين ، فاضرب الاثنين فى الثلاثة بستة ، وهى فى أصل المسألة ؛ يكن الحاصل أربعة وعشرين؛ومنها تصح ؛ كان للزوجات واحد فى ستة بستة لكل واحدة اثنان ، وللأخوين ثلاثة فى ستة بثمانية عشر لكل واحد تسعة .

ونبه على الثانى بقوله : (فإن تساوت الأعداد) أى تماثلت (أجزأ أحدهما) أى ضرب أحد المتماثلين (عن) ضرب (الآخر) ، لأنه بضرب أحدهما ينجبر الكسر فيهما، وذلك (كامرأتين وأخوين) لأب وأم أو لأب، أصل المسألة من أربعة للمرأتين سهم واحد لا ينقسم عليهما ، وللأخوين ثلاثة لا تنقسم عليهما أيضا،وبين رءوس الفريقين مماثلة (فاضرب الاثنين) أحد رءوس الفريقين (فى أصل المسألة)

فإنْ كانَ أحَدُ العَدَدَيْن جُزءًا مِنَ الآخَرِ أغْنَى الأكْثَرُ عَن الأقلّ كأرْبَعِ نِسْوَةٍ وَأخوَيْن ، إذا ضَرَبْتَ الأرْبَعَة أجْزأكَ عَن الأخَوَيْن

وَإنْ وَافقَ أحَدُ العَدَدَيْن الآخَرَ ضَرَبْتَ وفْقَ أحَدِهِمَا فى جَمِيعِ الآخَر ، ثُمَّ ما اجْتَمَعَ فى أصْل المَسْألة ، كأرْبَعِ نِسْوَةٍ وأُخْتٍ وسِتَّةِ أعْمَامٍ

وهو أربعة ؛ يكن الحاصل ثمانية ، ومنها تصح المسألة ؛ كان للمرأتين واحد فى اثنين باثنين لكل واحدة واحد ، وكان للأخوين ثلاثة فى اثنين بستة لكل واحد ثلاثة .

ونبه على الثالث بقوله : (فإن كان أحد العددين) داخلا فى الآخر، بأن كان (جزءا من الآخر أغنى الأكثر) أى ضرب الأكثر منهما (عن) ضرب (الأقل) ؛ لدخول الأقل فى الأكثر ، وذلك (كأربع نسوة وأخوين) لأب وأم أو لأب ، أصل المسألة من أربعة : للنسوة سهم واحد لا ينقسم عليهن ، وللأخوين ثلاثة أسهم لا تنقسم عليهما أيضاً ، وعدد أحد الفريقين جزء من الآخر ، فيغنى ضرب الأكثر عن الأقل ، ففى المثال المذكور (إذا ضربت الأربعة) عدد رءوس النسوة فى أصل المسألة (أجزأك)ذلك (عن) ضربه فى رءوس (الأخوين) ثم فى المسألة ، لحصول الانجبار مع الاختصار .

ونبه على الرابع بقوله : (وإن وافق أحد العددين) العدد (الآخر) بجزء من الأجزاء (ضربت وفق أحدهما فى جميع الآخر ، ثم) ضربت (ما اجتمع فى أصل المسألة) يحصل التصحيح ، وذلك (كأربعة نسوة وأخت) لأب وأم أو لأب وستة أعمام أصل المسأله من أربعة : للنسوة سهم لا ينقسم عليهن ، وللأخت سهمان وللأعمام سهم لا ينقسم عليهم أيضاً ، فيكون الرءوس المنكسرة عليها أربعة وستة

فالسِّتَّةُ تُوَافِقُ الأرْبَعَةَ بِالنِّصْفِ ، فَاضْرِبْ نِصْفَ أَحَدِهِمَا فِي جَمِيعِ الآخَرِ ، ثُمَّ مَا اجْتَمَعَ فِي أَصْلِ المَسْأَلَةِ ، تَكُونُ ثَمَانِيَةً وأَرْبَعِينَ ، ومِنْهَا تَصِحُّ

فإذَا صَحَّتِ المَسْأَلَةُ فَاضْرِبْ سِهَامَ كُلِّ وَارِثٍ فِي التَّرِكَةِ ثُمَّ اقْسِمْ مَا اجْتَمَعَ عَلَى مَا صَحَّتْ مِنْهُ الفَرِيضَةُ يَخْرُجْ حَقُّ ذَلِكَ الوَارِثِ

(فالستة توافق الأربعة بالنصف ، فاضرب نصف أحدهما) أى الأربعة والستة (فى جميع الآخر) يكن الحاصل اثنى عشر (ثم) اضرب الحاصل (فى أصل المسألة يكن) الحاصل (ثمانية وأربعين ، ومنها تصح) المسألة ؛ كان للنسوة واحد فى اثنى عشر باثنى عشر لكل واحدة ثلاثة ، وكان للأخت سهمان فى اثنى عشر بأربعة وعشرين ، وكان للأعمام سهم فى اثنى عشر باثنى عشر لكل واحد اثنان .

(فإذا صحت المسألة) بالطرق المارة ، وأردت معرفة مايخص كل واحد من التركة حيث كانت دراهم أو دنانير أو نحوها (فاضرب سهام كل وارث) من التصحيح (فى) جميع (التركة ، ثم اقسم ما اجتمع) بالضرب (على ماصحت منه الفريضة) أى التصحيح (يخرج) بالقسمة (حق ذلك الوارث) ففى المسألة السابقة لوفرضنا التركة ستة وتسعين ، وقد كان للزوجات من التصحيح لكل واحدة ثلاثة ، فاضرب الثلاثة فى الستة والتسعين يكن الحاصل مائتين وثمانية وثمانين ، اقسمها على ثمانية وأربعين يخرج ستة ، فهى لها ، وكذلك بقية الزوجات ، وكان للأخت أربعة وعشرون اضربها فى الستة والتسعين يكن الحاصل ألفين وثلاثمائة وأربعة ، اقسمها على ثمانية وأربعين يخرج ثمانية وأربعون ، فهى لها ، وكان لكل واحد من الأعمام سهمان اضربهما

وَإِذَا لَمْ تُقْسَمِ التَّرِكَةُ حَتَّى مَاتَ أَحَدُ الوَرَثَةِ ، فَإِنْ كَانَ مَا يُصِيبُهُ مِنَ المَيِّتِ الأَولِ يَنْقَسِمُ عَلَى وَرَثَتِهِ فَقَدْ صَحَّتِ المَسْأَلَتَانِ مِمَّا صَحَّتِ الأُولَى ، وَإِنْ لَمْ يَنْقَسِمْ صَحَّحْتَ فَرِيضَةَ المَيِّتِ الثَّانِي بِالطَّرِيقَةِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا ، ثُمَّ ضَرَبْتَ إِحْدَى المَسْأَلَتَيْنِ فِي الأُخْرَى إِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَ سِهَامِ المَيِّتِ الثَّانِي وَمَا صَحَّتْ مِنْهُ فَرِيضَتُهُ مُوَافَقَةٌ

فى الستة والتسعين يكن الحاصل مائة واثنين وتسعين ، اقسمها على ثمانية وأربعين يخرج أربعة ، فهى له ، ومثله بقية الأعمام ، وجملة ذلك ستة وتسعون .

* * *

ولما أنهى الكلام على حساب الفرائض أخذ فى الكلام على كيفية عمل المناسخة فقال : (وإذا لم تقسم التركة حتى مات أحد الورثة) عمن فى المسألة فقط ، أو عن غيرهم فقط ، أو عنهما ، وأردت تصحيح مسألتهما معاً ؛ فطريقه أن تصحح مسألة الميت الأول بالطرق المارة ، وتنظر ما خص الميت الثانى من التصحيح (فإن كان ما يصيبه من الميت الأول ينقسم على عدد ورثته) أى ورثة الميت الثانى (فقد صحت المسألتان مما) أى من التصحيح الذى (صحت) منه المسألة (الأولى) فلا يحتاج إلى عمل آخر ، وذلك كما إذا ترك ابناً وبنتاً ، ثم مات الابن عن ابنين ، المسألة الأولى من ثلاثة : للابن منها اثنان ، وللبنت واحد ، والذى أصاب الميت الثانى ينقسم على ورثته ، فأصل المسألتين من ثلاثة (وإن لم ينقسم) ما يصيب الميت الثانى على عدد ورثته (صححت) أيضاً (فريضة) أى مسألة (الميت الثانى بالطريقة التى ذكرنا) آنفاً (ثم ضربت إحدى المسألتين فى) المسألة (الأخرى ، إن لم يكن بين سهام الميت الثانى) من فريضة الميت الأول (وما صحت منه فريضته) أى فريضة الميت الثانى (موافقة

فَإِنْ كانَ بَيْنَهُمَا مُوافَقَةٌ فَاضْرِبِ المَسْأَلَةَ الثَّانِيَةَ فى الأُولى ، فَمَا اجْتَمَعَ صَحَّتْ مِنْهُ المَسْأَلَتَانِ

وكُلُّ مَنْ لَهُ شَىْءٌ مِنَ المَسأَلة الأُولى مَضْرُوبٌ فى وَفْقِ المَسأَلِةِ الثَانيةِ ، وَمَنْ كان له شَىْءٌ مِن المَسأَلةِ الثَّانيَةِ مَضْرُوبٌ فى وفق تركَةِ المَيِّتِ الثَّانى

فإن كان بينهما موافقة فاضرب المسألة الثانية) أى وفقها (فى) جميع المسألة (الأولى) أو بالعكس (فما اجتمع) بالضرب (صحت منه المسألتان) و يسمى ذلك فى اصطلاحهم الجامعة ، فإن مات ثالث ، فاجعل له مسألة أيضاً ، واجعل الجامعة مكان التصحيح الأول ، واجعل التصحيح الثالث مكان الثانى ، وتمم العمل كما ذكر ، وهكذا إن مات رابع ، وهلم جرا ، ومثال ذلك : زوج وابن وأبوان ، ثم مات الابن عن ابن وأبيه وجدّته ؛ فالأولى من اثنى عشر : للزوج ثلاثة ، وللأبوين أربعة ، وللابن خمسة ؛ ومسألة الثانى من ستة ، وسهامه من الأول خمسة ، وهى لا تنقسم على مسألته ، و بينهما مباينة ، فتضرب مصحح الثانى ــ وهو ستة ــ فى مصحح الأولى ــ وهو اثنا عشر ــ يكن الحاصل اثنين وسبعين ، ومنه تصح المسألتان .

ثم ذكر كيفية أخذ كل من الورثة ما يخصه من الجامعة فقال : (وكل من له شىء من المسألة الأولى) فهو (مضروب) يعنى يأخذه مضروباً (فى وفق المسألة الثانية) عند الموافقة ، أو فى كلها عند المباينة (ومن كان له شىء من المسألة الثانية) فهو (مضروب فى وفق تركة الميت الثانى) عند الموافقة ، أو فى كلها عند المباينة ، ومن كان له شىء منهما أخذه مضروباً فى وفقهما عند الموافقة ، أو فى كل منهما عند المباينة ؛ ففى المسألة السابقة للزوج فى الأولى ثلاثة فى ستة

وَإِذَا صَحَّتْ مَسْأَلَةُ الْمُنَاسَخَةِ ، وَأَرَدْتَ مَعْرِفَةَ مَا يُصِيبُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ حَبَّاتِ الدِّرْهَمِ قَسَمْتَ مَا صَحَّتْ مِنْهُ الْمَسْأَلَةُ عَلَى ثَمَانِيَةٍ وَأَرْبَعِينَ ، فَمَا خَرَجَ أَخَذْتَ لَهُ مِنْ سِهَامِ كُلِّ وَارِثٍ حَبَّةً .

بثمانية عشر ، ومن الثانية واحد فى خمسة بخمسة ، ومجموعه ثلاثة وعشرون ، وللأب من الأولى فقط اثنان فى ستة باثنى عشر ، وللأم من الأولى اثنان فى ستة باثنى عشر ، ومن الثانية واحد فى خمسة بخمسة ، ومجموعها سبعة عشر ، وللابن من الثانية فقط أربعة فى خمسة بعشرين ، ومجموع ذلك اثنان وسبعون ، وعلى هذا نقس .

وقد جرت عادة الفرضيين إذا انتهوا من عمل المناسخة أو غيرها من المسائل أن يحولوا ذلك إلى القيراط أو الأدق منه ، وهو الحبة ؛ فذكر المصنف كيفية ذلك بقوله : (وإذا صحت المناسخة) بالطرق المارة ، ومثلها وغيرها من المسائل (وأردت معرفة مايصيب كل واحد) من الورثة (من حبات الدرهم) جمع حبة ، وهى الشعيرة المتوسطة التى لم تقشر وقطع من طرفها مادق وطال ، ونسبتها إلى القيراط ثلث . واعلم أن القيراط فى عرف أهل الحجاز واليمن ومصر والشام والمغرب عبارة عن جزء من أربعة وعشرين جزءاً من الواحد ، فحبات الواحد عندهم اثنان وسبعون حبة ، وفى عرف أهل العراق ونواحيها عبارة عن جزء من عشرين جزءاً من الواحد ، وعلى هذا فرع كثير من المتقدمين كالموصلى وصاحب المختار فى شرحه الاختيار وغيره ، فحبات الواحد عندهم ستون حبة ، وفى عرف آخرين عبارة عن جزء من ستة عشر جزءاً من الواحد ، فحبات الواحد عندهم ثمانية وأربعون حبة ، وعليه فرع المصنف بقوله : (قسمت ماصحت منه المسألة على ثمانية وأربعين) التى هى مخرج الحبة (فما خرج) بالقسمة فهو الحبة ؛ فإذا أردت معرفة مقدار حبات كل واحد من الورثة (أخذت له) أى لذلك الخارج بالقسمة وهو الحبة (من سهام كل وارث) بكل قدر مايقابله (حبة) وذلك بأن تقسم مالكل وارث

. . . .

من التصحيح على الخارج بالقسمة ، أعنى الحبة ؛ فيكون كل واحد من الخارج بالقسمة عليه حبة ؛ فجملة الخارج بالقسمة هو حبات ذلك الوارث ، ففى المسألة المتقدمة صحت من اثنين وسبعين ، فإذا قسمنا ذلك على ثمانية وأربعين كان الخارج بالقسمة واحداً ونصفاً ، وهو حبة ، فاقسم مال كل وارث عليه يكن الخارج جملة ماله من الحبات ، فالزوج له ثلاثة وعشرون اقسمها على واحد ونصف يكن الخارج خمسة عشر وثلثاً ، وللأب اثنا عشر اقسمها عليه يكن الخارج ثمانية ، وللأم سبعة عشر اقسمها عليه يكن الخارج أحد عشر وثلثاً ، وللابن عشرون اقسمها عليه يكن الخارج ثلاثة عشر وثلثاً ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

قال مؤلفه حفظه الله : قد تم بحمد الله تعالى وقت الضحوة الكبرى من يوم الاثنين ثالث عشر رمضان المبارك سنة ست وستين ومائتين وألف ، من هجرة المصطفى الموصوف بأكمل وصف ، على يد جامعه الحقير الجانى ، كثير الأمانى ، عبد الغنى الغنيمى الميدانى ، غفر الله له ولوالديه ، وأحبابه ومن له حق عليه ، وأحسن إليهم وإليه ! وثبتنا بالقول الثابت عند الخاتمة ويوم الوقوف بين يديه ! والحمد لله الذى بنعمته تتم الصالحات ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه وأزواجه الطاهرات ، صلاة وسلاماً دائمين ما تعاقبت الأوقات ، وتواصلت البركات ، آمين .

وقد تم ـ بعون الله تعالى وتيسيره ـ مراجعة الجزء الرابع من كتاب « اللباب فى شرح الكتاب » وهو شرح الميدانى على القدورى ، وتحقيقه بالرجوع إلى أصوله التى نقل عنها ؛ وبه تمام الكتاب . والله سبحانه المسئول أن ينفع به وأن يرزقنى الصدق فى القول والإخلاص فى العمل إنه أكرم مسئول . وصلى الله على ختام الأنبياء وصفوة المرسلين سيدنا محمد بن عبد الله ، وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيراً دائماً بدوام ملك الله .

فهرس الموضوعات

الواردة فى الجزء الرابع من كتاب « اللباب » فى شرح الكتاب »

تمت الفهرست ، وبها تمام الكتاب ، والحمد لله أولا وآخراً

وصلاته وسلامه على سيدنا محمد وآله وصحبه



